

Ingresos de personas mayores en centros residenciales

Marco regulador y pronunciamientos constitucionales recientes

Leyre Elizari Urtasun

Abogada

Profesora Asociada Doctora de Derecho Civil de la Universidad Pública de Navarra

Abstract*

El presente trabajo se ocupa de los requisitos del ingreso de personas mayores en centros residenciales, que han sido objeto de regulación, principalmente, en las normas autonómicas sobre servicios sociales. El internamiento habrá de ser decidido libremente por la persona mayor que tenga capacidad para prestar su consentimiento, exigiéndose en algunas Comunidades Autónomas que aquel conste por escrito y que la persona mayor haya sido informada con carácter previo. En relación a las personas que carecen de capacidad, sin embargo, resulta de aplicación la legislación civil, que exige que el internamiento sea autorizado judicialmente, con independencia de si la persona tiene modificada judicialmente su capacidad de obrar (arts. 763 LEC y 271.1º CC). Este requisito es frecuentemente incumplido sobre todo en relación a personas con enfermedades neurodegenerativas, consumándose internamientos no autorizados que el Tribunal Constitucional en recientes pronunciamientos ha considerado ilícitos, vulneradores del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) y no susceptibles de convalidación mediante la obtención de la autorización judicial después de producido el ingreso, lo cual supone importantes consecuencias prácticas sobre los internamientos ya producidos y sobre los internamientos futuros.

The present paper analyzes the requirements of the elderly's committal in nursing homes, which have been faced mainly by the autonomous acts of social services. The committal will be freely decided by the elderly person with enough capacity to do so, requiring some Autonomous Communities that this consent must be expressed in writing after the elderly person has been informed. As far as people without capacity is concerned, though, Civil Law is applicable and judicial authorization is compulsory, regardless of whether the legal capacity of the person has been judicially modified or not (arts. 763 LEC y 271.1º CC). This requirement is frequently breached, especially in relation to people with neurodegenerative diseases and unauthorized admissions occur, which Constitutional Court have stated to be unlawful and violating the right to personal freedom (art. 17.1 CE), and unavailable for legalization by obtaining judicial authorization afterwards, which means important practical consequences on current committals and on future committals.

Title: Committal of the elderly in nursing homes. Legal framework and recent constitutional judgements.

Keywords: nursing home, involuntary committal, the elderly, judicial authorization, involuntary committal's legalization, disability.

Palabras clave: centros residenciales, internamiento involuntario, personas mayores, autorización judicial, regularización del internamiento involuntario, discapacidad.

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DER 2016-80138-R Discapacidad, enfermedad crónica y accesibilidad de los derechos, del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad. Un avance del mismo fue presentado como comunicación al V Congreso Internacional de Bioderecho (1-3 marzo, 2017), CEBES, Murcia, Bioderecho.es (2017).

Sumario

1. Introducción
2. El perfil de la persona mayor institucionalizada
3. La voluntariedad del ingreso
 - 3.1. Marco legislativo
 - 3.2. Incidencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
 - 3.3. La información previa al ingreso
 - 3.4. El consentimiento: forma y contenido
4. El internamiento de personas que no pueden decidirlo por sí mismas
 - 4.1. El procedimiento para evaluar la capacidad
 - 4.2. La necesidad de autorización judicial
 - 4.3. La “convalidación” de los ingresos realizados sin autorización judicial
 - 4.4. Consecuencias de la doctrina emanada de las SSTC 34/2016, 2ª, 29.2.2016 (BOE nº 85, 8.4.2016) y 132/2016, 1ª, 18.7.2016 (BOE nº 196, 15.8.2016)
 - a. Sobre los internamientos ya producidos sin haber sido autorizados judicialmente
 - b. Sobre los internamientos involuntarios futuros
 - 4.5. La falta de capacidad sobrevenida
5. Reflexiones finales
6. Tabla de jurisprudencia citada
7. Bibliografía

1. Introducción

En nuestro país el internamiento de personas mayores en centros residenciales es una cuestión problemática desde hace largo tiempo. Pese a las numerosas voces que han mostrado su preocupación al respecto, el legislador estatal a día de hoy no ha afrontado su regulación. Sin ir más lejos, la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 3/1990 ya denunciaba la habitualidad con la que los ingresos eran convenidos entre el centro y los familiares del interno e instaba a proscribir tales actitudes, entendiendo necesario recabar autorización judicial previa al ingreso cuando la persona mayor no estuviera en condiciones de decidir por sí, o comunicar a la autoridad judicial el internamiento en el plazo de 24 horas en los supuestos de urgencia (art. 211 CC), incluso cuando la persona estuviera incapacitada y sujeta a tutela (art. 271.1 CC). Tampoco la conocida polémica surgida en la década de los 90 entre las distintas Audiencias Provinciales sobre la posibilidad de aplicación del citado artículo 211 del Código Civil y posteriormente del artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8.1.2000) (en adelante LEC) a los centros residenciales impulsó la aprobación de una norma específica, que ha sido reclamada reiteradamente por la doctrina (ZURITA, 2004, p. 214, con cita de otros muchos). Así las cosas, algunas Audiencias Provinciales rechazaban la necesidad de autorización judicial para los ingresos en residencias, por considerar que en tal caso el internamiento carece de la finalidad terapéutica y del carácter temporal que exigen las disposiciones aludidas. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia (BOE nº 299, 15.12.2006) (en adelante Ley 39/2006) supuso un atisbo de mejora al recoger entre los derechos de las personas en situación de dependencia el derecho al ejercicio de la libertad de ingreso en un centro residencial (art. 4.g) pero la cuestión no recibió posteriormente mayor atención. Los legisladores autonómicos, en ejercicio de su competencia en materia de servicios sociales, han regulado algunos aspectos de los ingresos en centros residenciales, pero, como se verá, la solución obtenida es parcial y además ha generado una situación de falta de uniformidad en el territorio nacional.

En este contexto, tres pronunciamientos del Tribunal Constitucional durante 2016 han puesto el foco de atención sobre la práctica, no erradicada, de proceder al ingreso de la persona mayor incapaz de decidirlo por sí misma sin la preceptiva autorización judicial, recalcando el intérprete constitucional la necesidad de autorización judicial y pronunciándose además sobre los internamientos producidos sin ella. Se trata de la STC nº 13/2016, 1ª, 1.2.2016 (BOE nº 57, 7.3.2017; MP: Andrés Ollero Tasara), la STC nº 34/2016, 2ª, 29.2.2016, (BOE nº. 85, 8.4.2016; MP: Ricardo Enríquez Sancho) y la STC 132/2016, 1ª 8.7.2016 (BOE nº 196, 15.8.2016; MP: Andrés Ollero Tassara). Sin duda, estos pronunciamientos son muy relevantes y contribuyen a clarificar ciertas situaciones, por lo que tienen una importante repercusión sobre los internamientos futuros y sobre los ingresos ya producidos sin autorización judicial. Sin embargo, tampoco están exentos de crítica, en primer lugar porque, aunque formalmente coinciden en afirmar que se produce una vulneración del derecho fundamental a la libertad individual, en la práctica no adoptan idéntica medida ante un internamiento ilícito. En segundo lugar, porque la solución que propone el Tribunal Constitucional, proceder a la modificación judicial de la capacidad de obrar de la persona mayor y solicitar autorización para el internamiento en el seno de dicho

procedimiento, ha de situarse en su exacto contexto.

El trabajo se ocupa, en primer lugar, de una cuestión poco estudiada como es el perfil de la persona mayor que ingresa en una residencia para mayores, para delimitar de la forma más exacta posible quiénes son los destinatarios de este servicio y cuáles son sus condiciones psíquicas y físicas, lo que incide en su capacidad para consentir el ingreso. Después se abordará cómo han afrontado las CCAA la regulación de los internamientos en residencias para mayores, aunque inevitablemente este estudio remitirá de nuevo a la legislación estatal. La prestación residencial forma parte del elenco de prestaciones de los servicios sociales, pero no se trata de un servicio cualquiera, pues el ingreso en un centro residencial de régimen cerrado afecta, por un lado, al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE), y por otro lado guarda relación con la capacidad de obrar y los mecanismos de protección de las personas con capacidad judicialmente modificada. Por ello la distribución de competencias en nuestro Estado autonómico limita la capacidad legislativa de las CCAA y sus posibilidades de resolver esta cuestión. Se analizará con mayor extensión la necesidad de que el ingreso sea voluntariamente aceptado por la persona mayor, con atención a ciertos problemas a los que se ha dedicado escasa atención, como la incidencia en este ámbito de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, 13.12.2006 (instrumento de ratificación publicado en el BOE nº 96, 21.4.2008) (en adelante CDPD) y el procedimiento para determinar la capacidad de la persona mayor. Posteriormente se abordarán los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a los internamientos en centros residenciales y las importantes consecuencias de dichos pronunciamientos, tanto para los ingresos ya producidos como para los que se produzcan en el futuro.

2. El perfil de la persona mayor institucionalizada

El envejecimiento de la sociedad española² unido a otros factores sociodemográficos (cambios en el modelo de familia, imposibilidad de cuidado por parte del entorno familiar, etc.) está produciendo un incremento de las necesidades sociosanitarias de la población mayor, lo que incluye el aumento de las personas que residen en un centro residencial³. El análisis de estos factores excede del ámbito del presente trabajo, pero sí es relevante al objeto del mismo tratar de delimitar con más exactitud quiénes son los destinatarios de la prestación residencial y en qué situación se produce el ingreso desde el punto de vista de su capacidad psíquica y física.

En general, por persona mayor se designa al grupo de la población que se encuentra por encima de los 65 años, aunque la edad mínima para poder acceder a un centro residencial oscila entre los 60 y los 65 años.

² De acuerdo con las previsiones del INE, de mantenerse las tendencias demográficas actuales, el porcentaje de población mayor de 65 años, que actualmente se sitúa en el 18,7% del total de la población, pasaría a ser del 25,6% en 2031, y del 34,6% en 2066. INE (2016) *Proyecciones de población, Serie 2016-2066*.

³ En 2012 el número total de plazas residenciales en el conjunto del Estado era de 353.642, mientras que en 2015 se incrementó hasta las 359.035 plazas. Véase, respectivamente, ENVEJECIMIENTO EN RED, 2012, p. 4. y 2015, p. 4.

De acuerdo con los artículos 3 y 6 de la Resolución de 26 de agosto de 1987, de la Dirección General del Instituto Nacional de Servicios Sociales, por la que se regulan los ingresos, traslados y permutas en los Centros Residenciales para la Tercera Edad (BOE nº 235, 1.10.1987), pueden ser usuarios de centros residenciales los mayores de 60 años e incluso los que no hayan alcanzado dicha edad si se trata del cónyuge o persona que convive maritalmente con la persona residente e ingresa con ella. Las normas autonómicas también suelen fijar la edad mínima para el ingreso entre los 60 y los 65 años. A modo de ejemplo, el Decreto 56/2001, de 8 de marzo, que aprueba el Reglamento regulador del régimen de acceso a las plazas en los centros residenciales para personas mayores dependientes de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y a las plazas concertadas en otros establecimientos (BOCYL nº 57, 30.01.2001), fija en 65 años la edad mínima de ingreso, salvo que el interesado presente una discapacidad psíquica en cuyo caso la edad mínima se rebaja a 60 años o incluso menos si la persona padece demencia tipo Alzheimer.

Sin embargo, es bastante patente que en la actualidad las personas que rondan la edad tradicional de jubilación gozan de buena salud, por la mejora de las condiciones sanitarias y el aumento de la esperanza de vida⁴. El empeoramiento del estado de salud y la presencia de enfermedades crónicas apunta como la posible causa de ingreso en un centro residencial, pero interesa conocer con base en datos objetivos cuáles son los factores que determinan realmente la institucionalización de la persona, lo cual no resulta sencillo. Las únicas herramientas que proporcionan en la actualidad ciertos datos de la población mayor institucionalizada a nivel nacional consideran a las personas mayores desde diferentes ángulos: como personas dependientes (Información estadística del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en adelante SAAD) o como personas con discapacidad (así, INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Panorámica de la discapacidad en España*, 2009), lo cual arroja datos parciales sobre los usuarios de centros residenciales⁵. Además, los datos ofrecidos se refieren fundamentalmente a la edad, sexo y reconocimiento de prestaciones del SAAD, y por ello no responden a la cuestión de por qué se produce el ingreso. Al margen de estas herramientas existen algunos estudios de ámbito provincial o inferior, que analizan las condiciones en el momento de ingreso en una muestra de centros, o que se centran en aspectos concretos de la población institucionalizada⁶.

A pesar de la parcialidad de la información estadística disponible, en los estudios es recurrente la presencia de ciertos factores, que se señalan por ello como determinantes en la decisión de institucionalización. El más claro de todos es la edad avanzada (AYUSO *et al.*, 2010, p. 791), pues la edad media de los usuarios de residencias se sitúa alrededor de los 80 años, lo cual parece

⁴ Se introduce entonces el concepto de esperanza de vida saludable, que tiene en cuenta dos dimensiones: la morbilidad crónica y la salud autopercebida. El tiempo que las personas a partir de 65 años viven con buena salud es mayor en hombres (9,7 años), que en mujeres (9 años) (ABELLÁN *et al.*, 2017, p. 12). Es decir, las mujeres viven más, pero con peores condiciones.

⁵ Hasta 2012, el IMSERSO publicaba una serie estadística que tenía en cuenta el conjunto de la población mayor a nivel nacional y que ofrecía separadamente información sobre los usuarios de centros residenciales (IMSERSO, 2012, *Las Personas Mayores en España. Datos Estadísticos Estatales y por Comunidades Autónomas*). Actualmente la información estadística sobre centros residenciales ya no ofrece datos sobre edad de los usuarios o estado de salud (ENVEJECIMIENTO EN RED, 2015, "Estadísticas sobre residencias: distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de junio de 2015").

⁶ Por ejemplo, el estudio de ROBLES *et. al.*, 2012, en cuanto a la prevalencia de síntomas neuropsiquiátricos en pacientes institucionalizados diagnosticados de demencia.

justificarse en la mayor probabilidad de presentar una discapacidad a partir de dicha edad (BLANCO *et al.*, 2016, p. 123) y también en el intento de retrasar el momento del internamiento lo máximo posible (BLANCO *et al.*, 2016, p. 122; SIIS CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS FUNDACIÓN EGUÍA-CAREAGA, 2016, pp. 48-49).

De acuerdo con los datos del IMSERSO existentes a 2012 la edad media de los residentes se sitúa en 81 años, encontrándose el 66% del total por encima de los 80 años (IMSERSO, 2012, p. 205). La *Encuesta sobre discapacidades* (2009, p. 10) indica que tres de cada cuatro residentes con discapacidad son mayores de 80 años. Otros estudios arrojan datos similares: en DAMIÁN *et al.* (2004, p. 271) la edad media de los usuarios se situaba en 83,4 años, con una desviación típica de 7,3 años; 86,37 años es la edad media constatada por FRUTOS *et al.* (2013, p. 203), con una desviación de 8,12 años. Existen menos estudios que determinen a qué edad se produce el ingreso, aunque el IMSERSO la sitúa en 82 años (83 años para mujeres y 80 para hombres) (IMSERSO, 2012, p. 205), mientras que BLANCO *et al.*, la sitúan en 76,8 años, con una desviación estándar de 9,9 años (2016, p. 123).

La segunda constante en todos los estudios es la mayor probabilidad de ingreso que tienen las mujeres frente a los hombres, pues ellas suponen entre el 61% y el 75% del total de los usuarios de servicios residenciales.

Los datos existentes en nuestro país apuntan a un 75% de usuarias, según DAMIÁN *et al.* (2004, p. 271); un 66% de acuerdo con los datos del IMSERSO (2012, p. 205); un 65,2% para el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2009, p. 10); un 61,6% de acuerdo con BLANCO *et al.* (2016, p. 123).

Esta situación es coincidente con la de otros países avanzados y se explica, de acuerdo con BLANCO *et al.* (2016, p. 124) por la mayor supervivencia de las mujeres y por el hecho de producirse el ingreso en una edad muy avanzada.

En cuanto al resto de factores que motivan el ingreso en un centro, los estudios existentes ponen el foco en el análisis de diferentes cuestiones, por lo que es difícil extraer conclusiones generalizables. En los países avanzados se señalan como motivos que determinan el ingreso en una residencia, además del ya señalado de la edad, el deterioro cognitivo y funcional y tener un elevado número de prescripciones médicas (AYUSO *et al.*, 2010, p. 791). Aunque en nuestro país la necesidad de tratamiento se apunte también como uno de los determinantes para el ingreso (AYUSO *et al.*, 2010, p. 794), lo cierto es que el estado de salud de la población anciana institucionalizada es relativamente poco conocido, como ponen de relieve DAMIÁN *et al.* (2004, p. 269), pues no se realiza ningún análisis al respecto a nivel nacional y es difícil encontrar estudios que comprendan muestras representativas. Por ello no se conocen bien las estimaciones de prevalencia de muchas enfermedades en la población institucionalizada.

Entre las enfermedades crónicas⁷ más frecuentes en las personas mayores institucionalizadas destaca la demencia. De acuerdo con el estudio de ROBLES *et al.* (2012, pp. 97-99), su presencia en

⁷ De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), se consideran enfermedades crónicas las enfermedades de larga duración y por lo general de progresión lenta. Se trata de un grupo heterogéneo de enfermedades que incluye, entre otras, el cáncer, las enfermedades cardiovasculares, las enfermedades respiratorias crónicas y la diabetes.

los centros residenciales españoles se estima en un 61,74% de los usuarios, siendo muy común la presencia de síntomas neuropsiquiátricos (más del 84% de los pacientes diagnosticados de demencia e ingresados en centros residenciales presentan al menos un síntoma clínicamente significativo), entre los que destacan por su frecuencia la apatía, la agitación o el delirio, siendo la presencia de estos síntomas y la carga que generan en el cuidador decisivos a la hora de determinar el ingreso en un centro asistido.

BLANCO *et. al.* (2016, p. 122) señalan porcentajes similares, de acuerdo con diversos estudios. Difiere la *Encuesta sobre Discapacidad* (2009, p. 10), que reduce la presencia de Alzheimer u otro tipo de demencia al 25,5% de los residentes varones y el 41,5% de las residentes mujeres, tomando en consideración la población con discapacidad.

Además de la demencia, son habituales el dolor, la hipertensión, la depresión, los trastornos de ansiedad, el daño cerebral adquirido, así como dolencias osteoarticulares como la artrosis (*Encuesta sobre Discapacidad*, 2009, p. 10). La presencia de uno o varios padecimientos determina el deterioro funcional de la persona y la aparición de limitaciones para las actividades básicas de la vida diaria.

Según la *Encuesta sobre Discapacidad*, el 89,4% de los residentes tiene alguna limitación para la realización de dichas actividades, mientras que para el IMSERSO (2012, p. 205), el 71% son personas en situación de dependencia. BLANCO *et. al.* (2016, p. 124) constatan que dos de cada tres usuarios presentan incapacidad para el autocuidado. Similar prevalencia encuentran FRUTOS *et. al.* en su estudio en residencias de la comarca de Abadengo, Salamanca (2013, p. 204).

En suma, el perfil más frecuente de persona que ingresa en un centro residencial es el de una persona de edad avanzada, en torno a los 80 años, mujer, con una o varias enfermedades crónicas, principalmente neurodegenerativas, que precisa de tratamiento farmacológico y asistencia para las actividades básicas de la vida diaria. Esta simple suma de circunstancias ya debe advertir a los agentes implicados en el ingreso acerca de la alta posibilidad de que el futuro residente tenga sus facultades cognitivas alteradas o disminuidas, sin perjuicio, lógicamente, del necesario examen de cada caso concreto.

Por otro lado, implica que los usuarios potenciales del centro residencial podrán considerarse persona con discapacidad conforme a la definición de la CDPD y el art. 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, (BOE nº 289, 3.12.2013) (en adelante TRLGDPD). Presentarán deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, a largo plazo, que les impiden su participación plena y activa en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás, deficiencias que, como se ha apuntado, son precisamente las que determinan el ingreso en un centro. En la práctica, sin embargo, es frecuente que la persona mayor institucionalizada carezca de certificado de discapacidad, siendo más probable que sí haya sido valorado su grado de dependencia, pues ello puede conllevar la asignación de una plaza residencial o al menos el reconocimiento de una prestación económica para sufragar la misma.

El consentimiento libre y consciente es el requisito primordial para el ingreso de una persona mayor en un centro residencial, y hasta el momento es el elemento que ha acaparado la atención de las resoluciones judiciales y de la doctrina, pero no es la única exigencia que ha de reunir el internamiento, al menos para algunas leyes autonómicas. Como se verá, el ejercicio de la libertad individual para el ingreso debe ir precedido, de acuerdo con algunas de ellas, del ofrecimiento de una información completa y en términos accesibles a la persona mayor, y además el consentimiento para el ingreso deberá adoptar la forma escrita.

3. La voluntariedad del ingreso

3.1. Marco legislativo

La Ley 39/2006 constituye la primera y única norma estatal que ha reconocido expresamente el derecho de las personas en situación de dependencia a *“decidir libremente sobre el ingreso en un centro residencial”* (art. 4.g), lo cual se consideró como uno de los aciertos de esta ley (MORETÓN, 2007, p. 63)⁸. Por su parte, la CDPD obliga a los Estados firmantes a reconocer el derecho de las personas con discapacidad a elegir su residencia (art. 18) y a asegurar que no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente, y en ningún caso con justificación en su discapacidad (art. 14)⁹.

Al margen del ámbito de aplicación de estas normas, la prestación residencial se ha encuadrado dentro del amplio marco de la asistencia social a través de la cual los poderes públicos deben atender los problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio de los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE), materia cuya competencia puede ser asumida por las CCAA, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 148.1.20^a CE¹⁰. Por tanto, en principio será la

⁸ Con anterioridad a esta norma, algunas disposiciones autonómicas que se ocupaban de los requisitos de los centros residenciales ya habían contemplado este derecho, como es el caso del Decreto 145/1990, de 3 mayo, de Cataluña, por el que se definen los establecimientos y servicios de acogida residencial de servicios sociales y los criterios prevalentes de acceso (DOGC n° 1309, 25.6.1990) que fue pionero en este sentido. También lo reconocieron el artículo 24 de la Ley 2/1994, de 28 abril, de asistencia geriátrica de Extremadura (DOE n° 57, 19.5.1994), la Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores de Andalucía (BOJA n° 87, 29.7.1999) y la Ley 5/2003, de 3 de abril, de personas mayores de Castilla y León (BOCYL n° 67, 8.4.2003). Sobre estas normas, véanse los comentarios de MARTÍN PÉREZ (2004, pp. 186-189).

⁹ El TRLGDPD proclama el derecho de las personas con discapacidad a la libre toma de decisiones (art. 6.2) e incluye los servicios residenciales entre las prestaciones sociales a las que tienen derecho las personas con discapacidad, pero no alude expresamente a la cuestión del internamiento en dichos centros.

¹⁰ La asunción de la competencia de servicios sociales por las CCAA produce un efecto de desigualdad en el acceso y las prestaciones que reciben los usuarios de servicios sociales en función de su CA, habiéndose planteado si ello supone una infracción del principio de igualdad, cuestión sobre la cual no existe acuerdo en la doctrina. Como recoge SORO MATEO (2016, p. 14 y sig.), con cita de diversos autores y pronunciamientos constitucionales, por un lado se ha de tener en cuenta que todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado (art. 139.1 CE), y que los poderes públicos deben promover las condiciones de igualdad real y efectiva entre los individuos (art. 9.2 CE), pudiendo invocar el Estado estos principios como títulos competenciales para intervenir en la asistencia social. Pero esto pugna con la realidad de

correspondiente legislación autonómica que regule los servicios sociales la que establezca los requisitos del acceso a la prestación residencial para personas mayores.

Las leyes de servicios sociales que han ido promulgando las CCAA con posterioridad a la Ley 39/2006 han extendido el reconocimiento del derecho a la libertad individual para el ingreso a todos los usuarios de servicios residenciales, no solo a aquellos en situación de dependencia, con las limitaciones que establezca la legislación vigente.

La Ley Foral 15/2006, de 14 diciembre, de Servicios Sociales de Navarra, (BON nº 152, 20.12.2006) fue aprobada el mismo día que la Ley 39/2006 y enumeró separadamente los derechos (y deberes) específicos de los usuarios de servicios residenciales, siendo el primero de estos derechos el ejercicio de la libertad individual para la permanencia y salida del mismo, teniendo en cuenta lo que se establezca en la legislación vigente (art. 8.1.a). En la misma línea de reconocer específicamente los derechos de los usuarios de centros residenciales, entre los que se encuentra la libertad individual para el ingreso, se han pronunciado las normas de Cantabria, Islas Baleares, Aragón, Cataluña y muy recientemente lo ha reiterado Andalucía, que ya lo tenía previsto en la norma de 1999 indicada más arriba. Frente a la genérica remisión de la disposición navarra a lo dispuesto en la legislación vigente, estas otras especifican que el ejercicio de la libertad individual respetará lo que establezca la legislación vigente en relación a las personas incapacitadas y sometidas a medidas judiciales de internamiento¹¹.

En otras CCAA la libertad en cuanto al ingreso se reconoce dentro de los derechos de los usuarios de servicios sociales en general. En el caso de La Rioja lo cierto es que, aunque se recoge dentro de los derechos de los destinatarios de servicios sociales, se reconoce expresamente el derecho al ejercicio de la libertad individual para el ingreso, permanencia y salida de los centros y servicios, con las limitaciones establecidas en la legislación vigente para las personas incapacitadas e incurso en medidas judiciales de internamiento como uno de estos derechos (art. 8 Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, BOLR nº 160, 28.12.2009). En el caso gallego también se ha situado entre los derechos de las personas en relación con los servicios sociales el de rechazar la oferta de participar en servicios que les oferte el sistema y a que su consentimiento, libre y expreso, sea requerido para el ingreso en un centro, sin perjuicio del cumplimiento debido de las resoluciones judiciales cuando esté limitada la capacidad de obrar del usuario, de acuerdo con el artículo 6.3.i) de la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia (DOG nº 245, 18.12.2008). La Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco (BOPV nº 246, 24.12.2008) garantiza, por un lado, el derecho a la autonomía de los usuarios de servicios sociales, entendida como la posibilidad de actuar de forma independiente en relación a la vida privada (art. 9.c) y el derecho a dar o denegar el consentimiento libre y específico en relación con una determinada intervención, debiendo otorgarse por escrito cuando implique ingreso en un servicio

que la intervención estatal no puede vaciar de contenido la competencia atribuida constitucionalmente a las CCAA, teniendo en cuenta, además, que en este caso se les reconoce en toda su extensión. El Estado es consciente del problema de desigualdad que crea este reparto competencial y hasta la fecha la solución intentada ha consistido en la aprobación por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad de un *Catálogo de Referencia de Servicios Sociales* (2013), documento que pretende servir de marco de referencia para todas las Entidades que forman parte del Sistema de Servicios Sociales, pero que carece de valor normativo y que no ha tenido incidencia en las regulaciones autonómicas.

¹¹ Véase, respectivamente: el artículo 6.a) de la Ley 2/2007, de 27 marzo, de Servicios Sociales de Cantabria (BOC nº 6, 3.4.2007); el artículo 9.1.a) de la Ley 4/2009, de 11 de junio de Servicios Sociales de Illes Balears (BOIB nº 89, 18.6.2009); el art. 7.1.a) de la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (BOA nº 132, 10.7.2009); el art. 12.1.a) Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña (DOGA nº 4990, 18.10.2007); el art. 11.a) de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (BOJA nº 248, 29.12.2016).

de alojamiento o en un centro residencial, y con respeto al otorgamiento del consentimiento por personas incapacitadas de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. De forma similar se pronuncia el artículo 11.2.f) de la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León (BOCYL nº 244, 21.12.2010). La norma extremeña reguladora de los servicios sociales es la más inespecífica de todas, pues únicamente recoge el derecho a participar en la toma de decisiones que afecten al destinatario de servicios sociales (art. 8 de la Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura (DOE nº 70, 14.4.2015), aunque la voluntariedad del ingreso en el centro residencial ya estaba garantizada por el art. 24 de la Ley 2/1994, de asistencia geriátrica de Extremadura, que continúa en vigor.

Estas normas producen el efecto positivo de reconocer la necesidad del consentimiento de todos los usuarios de centros residenciales, no solo de aquellos que tengan la condición de persona con discapacidad o persona en situación de dependencia, y de superar el problema de tener que encajar el internamiento en un centro residencial en el concepto de internamiento por razón de trastorno psíquico del artículo 763 LEC, e incluso en el concepto de “establecimiento de salud mental” del art. 271.1 CC.

Dicho esto, también es cierto que la prestación residencial no puede tratarse como cualquier otra prestación de servicios sociales, pues afecta a la libertad individual de la persona (art. 17.1 CE)¹² como ha subrayado recientemente el Tribunal Constitucional (véase epígrafe 4.2), así como a la capacidad de obrar, los mecanismos de protección a adoptar cuando la persona carezca de dicha capacidad, y por tanto la determinación de cómo se suple o complementa su voluntad, lo cual se encuadra dentro de la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación civil (art. 149.1.8ª CE), dejando a salvo los casos de aquellas CCAA que tienen su Derecho Civil propio. Y todas ellas quedan obligadas por los mandatos de la CDPD (art. 10.2 CE), que incide especialmente en lo relativo al pleno reconocimiento de capacidad jurídica de las personas con discapacidad (art. 12 CDPD). En el Derecho común, si la persona mayor tiene modificada judicialmente su capacidad, el tutor habrá de solicitar autorización judicial, por exigencia del artículo 271.1 CC e igualmente del artículo 763 LEC. Por otro lado, si la persona no ha sido sometida a un proceso de modificación de la capacidad pero carece de capacidad para decidirlo por sí misma, la única norma aplicable a día de hoy a los internamientos involuntarios sigue siendo el artículo 763 LEC.

Por último, y relacionado con lo anterior, la necesidad de solicitar autorización judicial para el

¹² Ello implica que la ley que desarrolle o limite su ejercicio deberá tener rango de ley orgánica (art. 81.1 CE). SORO MATEO (2015, pp. 14-15) plantea si la reserva de ley orgánica quiebra cuando los derechos fundamentales resultan afectados por materias competencia de las CCAA, tema sobre el cual no existe consenso en la doctrina y la jurisprudencia. En el aspecto concreto que nos ocupa, lo cierto es que el procedimiento de internamiento involuntario actualmente está regulado en el art. 763 LEC, cuyos dos primeros párrafos del apartado 1 fueron declarados inconstitucionales por la STC nº 132/2010, Pleno, 2.12.2010 (BOE nº4, 5.1.2011; MP Eugeni Gay Montalvo), que no obstante, no declaró la nulidad de dichos párrafos pues ello “*crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material*”. En la actualidad esta inconstitucionalidad formal ha sido subsanada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 175, de 23.9.2015) que ha modificado la Disposición Adicional 1ª de la LEC, para reconocer el carácter orgánico de todo el citado artículo 763.

internamiento de la persona que no tiene capacidad para decidirlo por sí misma conlleva la aplicación de la ley procesal, también competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6ª CE).

Es forzoso reconocer que las normas autonómicas no ofrecen, ni pueden ofrecer (excepto aquellas CCAA con Derecho Civil propio, en su caso, y teniendo en cuenta la extensión de su propia competencia) un tratamiento completo de la cuestión del internamiento en centros residenciales. Persiste, pues, la situación de falta de norma específica que complete la remisión efectuada por las normas autonómicas, problema del que ya advertía ZURITA (2004, p. 214) con anterioridad a la promulgación de la mayoría de leyes de servicios sociales que han proclamado la libertad para el ingreso.

3.2. Incidencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La libertad de decisión se asienta sobre el presupuesto de que el sujeto tiene capacidad para decidir, y tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de los internamientos de aquellas personas mayores que precisamente ya no conservan dicha capacidad. Sin duda estos casos van a ser objeto de análisis. En ocasiones será claro, incluso para un profano de la ciencia médica, que la persona carece de facultades para adoptar las decisiones que se refieren a su propio cuidado. Pero se presentan en la práctica muchos otros casos de personas mayores que tienen sus facultades alteradas pero no anuladas, y cuya capacidad para decidir puede parecer, a priori, dudosa. Como ya se ha indicado al inicio, la persona mayor que ingresa en una residencia se caracteriza por su avanzada edad, por padecer enfermedad crónica, frecuentemente de tipo neurodegenerativo, por precisar tratamiento farmacológico y presentar dificultades para las actividades básicas de la vida diaria. Por tanto, podrá ser considerada una persona con discapacidad, debiendo tenerse en cuenta los mandatos de la CDPD, en particular lo dispuesto en el artículo 12 en cuanto al reconocimiento de la plena “capacidad jurídica” de la persona con discapacidad¹³, en relación al respeto a la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las

¹³ La doctrina civilista interpreta que el concepto de “capacidad jurídica” que maneja la Convención (art. 12 CDPD), no elimina la tradicional distinción de nuestro ordenamiento entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que el citado artículo comprende ambas (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013, pp. 20-21; GETE-ALONSO, 2013, pp. 118-119; PÉREZ DE ONTIVEROS, 2009, pp. 341-344; DE PABLO, 2009, p. 562 y sig.).

El artículo 12.1 CDPD, establece: “Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y con ello se estaría refiriendo a la capacidad jurídica, a la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones o dimensión estática de la capacidad legal, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013, p. 20). El apartado 2 del citado artículo se refiere igualmente a la capacidad jurídica (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013, p. 20; MAYOR FERNÁNDEZ, 2011, pp. 7-8), mientras que los apartados 3 y 4 aluden a la capacidad de obrar, a la aptitud para ejercitar los derechos válidamente. La Observación General 1ª, del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, de 11 de abril de 2014, al artículo 12 CDPD, ha confirmado la posición anterior, afirmando que “capacidad jurídica” (o “capacidad legal”, en su traducción literal del inglés) comprende tanto la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones como la aptitud para ejercitarlos válidamente, al disponer: “La capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. Ello puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley”. Con

propias decisiones, la independencia de las persona (art. 3 CDPD) y el derecho a elegir el lugar de residencia (art. 19 CDPD), sin que pueda imponerse a la persona con discapacidad una forma de vida específica.

Tomando como punto de partida el respeto a la autonomía de la persona con discapacidad y su plena capacidad jurídica, el apartado 3 del artículo 12 obliga a los Estados partes a adoptar *“las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”*. Es decir, ha de promoverse que sea la propia persona la que adopte la decisión, facilitándole, en su caso, los mecanismos de apoyo que sean convenientes. La Convención no define qué debe entenderse por *“apoyo”*, pero la Observación General, del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, de 11 de abril de 2014, al artículo 12 CDPD, lo considera *“un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos¹⁴, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse”*, además de otras medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad¹⁵. El objetivo del apoyo ha de ser propiciar que la decisión la adopte la propia persona con discapacidad, y si supone la intervención de un tercero, su labor es *“ayudar a decidir, de acompañar en la decisión, de decidir con la persona y para la persona”* (BARRANCO, CUENCA, RAMIRO, 2012, p. 65; BARRIFFI, 2014, pp. 368-369), no decidir por la persona con discapacidad.

En el ámbito que nos ocupa, especialmente los familiares o cuidadores de la persona con discapacidad pueden desempeñar este rol y actuar como un apoyo, para promover que la

todo, un sector doctrinal ha sostenido que el artículo 12 CDPD eliminaba la tradicional diferenciación de nuestro ordenamiento entre capacidad jurídica y capacidad de obrar (INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, 2012, pp. 49-50), aunque posteriormente se ha puesto el énfasis en la imposibilidad de restringir la capacidad de obrar, directa o indirectamente, por razón de discapacidad, y en que los mecanismos sustitutivos de la voluntad de la persona con discapacidad, como la incapacitación, sean sustituidos por un sistema de apoyos que respete la autonomía de la persona. Véase BARRANCO, CUENCA, RAMIRO (2012, p. 13 y sig.) o BARRIFFI (2014, p. 302 y sig.).

¹⁴ La versión inglesa utiliza los términos *“informal and formal support arrangements”*.

¹⁵ La STS, 1ª, 27.11.2014 (RJ\2014\6032; MP: José Antonio Seijas Quintana) ya se ha hecho eco de lo dispuesto en la Observación General en relación a los *“apoyos”*, al afirmar: *“Lo que se adopta son medidas de apoyo que se inician cuando, como ocurre en este caso, se toma conocimiento de una situación necesitada de los mismos para permitir al discapaz ejercer su capacidad jurídica; apoyos que la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 (BOE el 21 abril 2008), no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva, procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11º período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014), sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención”*.

decisión de ingreso en un centro la adopte la propia persona mayor, pero esta posición es radicalmente distinta de la que asumen frecuentemente, al adoptar la decisión de ingreso de la persona mayor sin contar con su participación.

El reconocimiento de esta plena capacidad jurídica de la persona mayor con discapacidad no equivale, sin embargo, a una prohibición o imposibilidad de limitar su capacidad de obrar, pues como ponen de relieve algunos autores existirán casos en los que la persona carecerá de las facultades intelectuales necesarias para atender al autocuidado personal y patrimonial, en los cuales la intervención sobre la capacidad de obrar será necesaria y responderá a una finalidad protectora (PÉREZ DE ONTIVEROS, 2009, p. 344; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013, p. 28). Pero sí proscribire, por un lado, que la simple presencia de una discapacidad motive dicha limitación o restricción de la capacidad de obrar, pues constituiría una discriminación por razón de discapacidad (MAYOR FERNÁNDEZ, 2011, p. 7; BARIFFI, 2014, p. 306 y sig.). A la hora del ingreso en un centro residencial no puede equipararse automáticamente la presencia de ciertos diagnósticos con la falta de capacidad para decidir, sino que se habrá de proceder a una evaluación individual y personalizada de la capacidad del futuro residente. Por otro lado, la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad se ha de limitar a los casos estrictamente necesarios y debe conllevar el establecimiento de salvaguardas que garanticen que el sustituto adopte la decisión en el beneficio de aquel (PÉREZ DE ONTIVEROS, 2009, pp. 349-350). La decisión del internamiento en una residencia en tales casos podrá adoptarse por el familiar o guardador de la persona mayor, pero en nuestro ordenamiento dicha decisión deberá ser autorizada judicialmente, para lo cual habrá de valorarse la necesidad de la medida en relación al beneficio de la persona mayor, y el internamiento será controlado periódicamente, con lo cual existen mecanismos de salvaguarda específicos y proporcionados a la gravedad de los derechos de la persona con discapacidad que resultan afectados, tal y como exige el artículo 12.4 CDPD.

Cuestión distinta es qué debe entenderse por “beneficio de la persona con discapacidad”. De acuerdo con el citado apartado 4 del artículo art. 12 CDPD, las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica han de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias por encima de otros criterios posibles de determinación del interés de la persona con discapacidad. Parece que ha de ser respetada la voluntad de la persona mayor por permanecer en su domicilio, o por ser cuidada por alguno de sus hijos o hijas, pero cabe preguntarse hasta qué punto debe prevalecer esta preferencia, y si debe primar incluso sobre la libertad o autonomía de terceros. El Tribunal Supremo ha establecido, en algunos supuestos de designación de la persona del tutor o curador, que la preferencia de la persona mayor cuya capacidad de obrar se modifica forma parte de su interés superior, y ha de ser respetada, aunque exceptúa los supuestos en los que la opción preferida por la persona mayor le resulte objetivamente perjudicial, siempre en aras a evitar su desprotección (STS, 1ª, 30.9.2014, RJ 2014\4864, MP: José Luis Calvo Cabello; STS, 1ª, 4.4.2017, ES:TS:2017:1335, MP: Eduardo Baena Ruiz). Se ha de tener en cuenta, además, que la propia persona mayor ha podido designar, mientras aún ostentaba capacidad para ello, a la persona que desea que desempeñe el cargo de tutor (art. 223 CC), como expresión prospectiva de su voluntad. No obstante, esta manifestación de la autotutela tampoco es absoluta, en el sentido de que si concurre alguna causa que desaconseje el nombramiento como tutor del sujeto designado por la

persona cuya capacidad se modifica, el juez podrá nombrar a un sujeto distinto, basándose en la protección del interés superior del incapacitado.

Señala GARCÍA-GARNICA (2013, pp. 232-233) como posibles causas para apartarse de la voluntad expresada anticipadamente por la persona el hecho de que hubiera designado como tutor en documento público al cónyuge del que posteriormente se hubiera separado o divorciado; la circunstancia de que el designado como tutor hubiera denegado la prestación de alimentos al incapacitado; el atentado contra la integridad física o psíquica del incapacitado; o la concurrencia de una causa de inhabilidad para ejercer la tutela (arts. 243 y 244 CC).

La necesidad de cuidados puede descartar igualmente el respeto al deseo de la persona mayor de permanecer en su domicilio, si no existen alternativas adecuadas para su atención en dicho ámbito. Y cabe descartar también que la persona sea atendida por el familiar que prefiera, cuando este no pueda ofrecerle el cuidado adecuado (por sus obligaciones familiares, laborales, estado de salud, etc.).

Quedan en el aire aquellos supuestos en los que el sujeto elegido por la persona mayor con discapacidad como su cuidador no quiera asumir dicha carga, y por otro lado, se perpetúa el rol de las hijas o familiares de género femenino como cuidadoras informales de personas dependientes pues tradicionalmente ellas se han ocupado de su cuidado.

Las directrices que se han apuntado hasta ahora deben ser tenidas en cuenta al analizar la capacidad de las personas mayores para decidir el ingreso por sí mismas, abandonando por discriminatorias aquellas prácticas que nieguen la capacidad por el solo hecho de presentar cierto diagnóstico, atendiendo a la capacidad para decidir sobre su autocuidado, y restringiendo los supuestos de sustitución de la voluntad de la persona a los casos estrictamente imprescindibles.

3.3. La información previa al ingreso

Al margen del requisito de la capacidad de la persona mayor para consentir el ingreso, la mayoría de leyes autonómicas de servicios sociales han incorporado el derecho a recibir información previa como un derecho más en el ámbito sociosanitario, aplicable por tanto al ámbito de los centros residenciales. Algunas de estas normas recogen con carácter general el derecho de los usuarios a recibir información suficiente y en términos comprensibles sobre las prestaciones o servicios disponibles, mientras que otras normas concretan algo más el contenido de la información.

Entre las primeras se encuentran la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (art. 6.k) o la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia (art. 6.1.3.d). En el caso de Baleares y Cantabria se especifica además que la información ha de ser previa cuando sea necesario prestar el consentimiento para la concreta prestación, conforme a la legislación vigente, como es el caso de la prestación residencial. Respectivamente: artículo 7.b) Ley 4/2009, de 11 de junio de Servicios Sociales de Illes Balears; artículo 6.f) y k) Ley 2/2007, de 27 marzo, de Servicios Sociales de Cantabria.

Las que recogen un contenido más amplio en cuanto a la información son las normas de La Rioja, Cataluña y Andalucía. El artículo 8.d) Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja especifica el derecho del usuario a recibir información sobre los servicios y prestaciones disponibles, los criterios de adjudicación, las prioridades para recibirlos, los derechos de las personas usuarias, así como

de los mecanismos de presentación de quejas y sugerencias. En el caso de Cataluña la información comprenderá los servicios y prestaciones disponibles, los criterios de adjudicación y los derechos y deberes de los destinatarios y usuarios (art. 10.a de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña), y específicamente el derecho de los usuarios de centros residenciales de conocer el reglamento interno del servicio, así como los derechos y deberes, que deben explicarse de modo comprensible y accesible (art. 12.b). Incluso se tipifica como infracción grave la vulneración del derecho de los usuarios, o, en su caso, de quien tenga la representación o guarda, a ser informados de los aspectos asistenciales y de salud (art. 97). De forma similar la reciente Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía establece el derecho de los usuarios de centros residenciales a recibir información de manera comprensible e individualizada sobre el reglamento interno del centro, a conocer los derechos y deberes que les incumben, así como el derecho a conocer el coste de los servicios que reciben y, en su caso, a conocer la contraprestación que les corresponde satisfacer como personas usuarias de los mismos (art. 11.d). Impedir o dificultar el derecho a recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación se tipifica también como una infracción grave (art. 126).

En relación al ingreso en un centro residencial público o concertado, puede distinguirse la información que se ha de prestar al interesado en dos momentos: en un momento anterior al ingreso, cuando el futuro usuario inicia el procedimiento para la solicitud de una plaza, cobra sentido que sea informado sobre los criterios de concesión, precios públicos y copago al que puede resultar obligado, procedimiento y plazos para la concesión, etc. Pero en un segundo momento, cuando vaya a ingresar en el concreto centro residencial, se le habrá de informar del régimen del centro, horarios de comidas, régimen de comunicación y visitas, actividades a realizar, posibilidad de tener objetos personales, procedimiento para la presentación de quejas o sugerencias, etc., no pareciendo suficiente con que se le facilite una copia del reglamento de régimen interior del centro (aunque al menos se prevé así en algunas normas). Este segundo aspecto en general no está previsto y dependerá de los protocolos de cada centro, en su caso.

Por otro lado, el titular del derecho a la información es la persona mayor. Aquella deberá serle proporcionada de forma accesible y adecuada a su capacidad, tal y como recogen algunas de las normas autonómicas citadas, en cumplimiento del derecho de accesibilidad universal reconocido en el artículo 9 CDPD y el artículo 22 TRLGDPD.

No está prevista expresamente la posibilidad de que otros sujetos, señaladamente los familiares, reciban la información, a pesar de lo cual en la práctica en muchas ocasiones serán informados tanto de los requisitos y el proceso a seguir para el ingreso como del régimen del centro residencial asignado. Lo primero puede deberse al hecho de que ciertos trámites administrativos sean realizados por algún familiar de la persona mayor (solicitud de documentación para el inicio del expediente, etc.), aunque esto no exime de informar al interesado en la medida de su entendimiento. Sin embargo, que sean informados en exclusiva los familiares sobre el régimen del centro, sus características, etc. y que incluso se concierte una visita al mismo a la que no asista la persona mayor no encuentra justificación alguna.

En el caso de que la persona mayor tuviera la capacidad de obrar modificada, cabe plantear que

sea el tutor o, en su caso, el curador, quien reciba la información, sin perjuicio de que el internamiento deba ser autorizado judicialmente (tal y como se abordará a lo largo del punto 4). Pero ni siquiera en tal caso parece justificado no informar a la persona mayor, que realmente es el sujeto que va a residir y ser atendido en el centro residencial, aunque sea en la medida de su entendimiento.

3.4. El consentimiento: forma y contenido

Se ha señalado que, para evitar las dudas sobre la voluntariedad del ingreso, es conveniente exigir que el consentimiento de la persona mayor sea expreso (MARTÍN PÉREZ, 2004, p. 186), lo cual ha sido secundado por algunas leyes de servicios sociales autonómicas, que exigen no solo que el consentimiento de la persona mayor sea expreso, sino que conste por escrito¹⁶. Con este requisito formal estas leyes completan una secuencia lógica de exigencias que pretenden garantizar el derecho de la persona mayor a decidir libremente sobre su ingreso en el centro residencial, decisión que deberá tomar de forma libre y consciente tras haber recibido la información oportuna (aunque no se detalle demasiado el contenido de esta información en la mayoría de las normas) plasmándose dicho consentimiento por escrito.

A priori cumplimentar este requisito formal no parece una cuestión problemática, pues parece necesario simplemente que la persona firme un documento en el que conste dicha aceptación consciente y voluntaria, y sí puede ayudar a detectar posibles casos de incapacidad o incluso de vicios en el consentimiento de la persona mayor. Pero la práctica se encarga de enturbiar la utilidad de este otorgamiento.

Así, en los centros privados o concertados es habitual que se exija a la persona mayor que firme el contrato de residencia con carácter previo al ingreso, así como otros documentos como la constitución de fianzas o depósitos en garantía que aseguran al centro el cobro de sus servicios. Tampoco es infrecuente que sean los familiares o los herederos de la persona mayor los que firmen por escrito la asunción de la deuda generada por el contrato de residencia, o que el tutor de la persona con la capacidad modificada sea quien firme dichos documentos, incluido el contrato de residencia. Con lo que el consentimiento para el ingreso propiamente dicho se inserta y se diluye entre otros documentos de contenido patrimonial, no siempre aceptados por la persona mayor.

En el caso de las residencias públicas es frecuente que la persona mayor no firme nada en el momento del ingreso en la concreta residencia, porque la concesión de una plaza es el resultado de un procedimiento administrativo en el que se ha valorado el cumplimiento de los requisitos exigidos. Este procedimiento se inicia con la presentación de una solicitud en modelo

¹⁶ Es el caso de Navarra, Cantabria, Islas Baleares, Cataluña, País Vasco, Castilla y León y Andalucía. Respectivamente, véase: art. 6 Ley Foral 15/2006 de Servicios Sociales de Navarra; art. 6.a) Ley 2/2007 de Servicios Sociales de Cantabria; art. 7.f) Ley 4/2009, de Servicios Sociales de Illes Balears; art. 10.c) Ley 12/2007, de Servicios Sociales de Cataluña; art. 9.d) Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco; art. 11.2.f) la Ley 16/2010, de servicios sociales de Castilla y León; art. 10.f) Ley 9/2016, de Servicios Sociales de Andalucía

normalizado, en el que constan, entre otros datos, los relativos a la persona mayor y a su representante legal, quien puede firmar la solicitud, de acuerdo con lo establecido por las normas reglamentarias¹⁷. Así pues, la solicitud puede haber sido firmada por la persona mayor, pero sin que se haya efectuado control alguno sobre su capacidad (por ej. la solicitud puede firmarse en el domicilio y presentarse en un registro), o por su tutor, si aquella tiene la capacidad judicialmente modificada. Como ya se ha referido anteriormente, el informe médico que se exige en el seno de este procedimiento no tiene por finalidad el control de la capacidad del eventual residente, por lo que puede suceder que se conceda la plaza residencial y la persona no conserve facultades mentales para decidir el ingreso por sí misma, con lo que si se produce sin autorización judicial constituirá un internamiento ilícito.

Tanto en el supuesto de las residencias públicas como privadas o concertadas, además, pueden transcurrir meses desde que se solicita la plaza hasta que se produce el ingreso, con lo que la capacidad de la persona puede sufrir variaciones en ese lapso de tiempo.

Parece prudente exigir, por ello, que el consentimiento para el ingreso en la residencia constituya un documento diferenciado e independiente del contrato de residencia o de la solicitud de plaza residencial pública, y que sea firmado siempre por el propio interesado en el momento anterior al ingreso¹⁸.

Aunque la falta de regulación adecuada incide también en este aspecto. Si el responsable del centro ante el cual se firma el consentimiento para el ingreso por la persona mayor, antes de que este se produzca, apreciara en dicho momento una posible falta de capacidad, no podría aceptar su ingreso y acudir al procedimiento de urgencia del artículo 763 LEC, como se hacía en ocasiones hasta ahora, porque el TC ha descartado que concurra el requisito de la urgencia sanitaria, con lo que el centro, o bien debe rechazar el ingreso de la persona hasta que se autorice judicialmente, o lo acepta exponiéndose a las posibles consecuencias del internamiento ilícito.

¹⁷ Véase, por ejemplo, el modelo normalizado de solicitud de Andalucía (Orden de 21 de octubre de 2004, por la que se aprueban los modelos de solicitudes de ingreso y traslado de centros residenciales de personas mayores, con plazas sostenidas con Fondos Públicos de la Administración de la Junta de Andalucía, BOJA nº 217, 8.11.2004), o el modelo normalizado de solicitud de Navarra, disponible en http://www.navarra.es/home_es/servicios/ficha/3036/Atencion-residencial-para-personas-mayores.

Nótese que el tutor no precisa autorización judicial para iniciar el proceso de solicitud de una plaza residencial pública. Es más, la solicitud de dicha plaza, o de cualquier otro servicio o prestación del sistema de servicios sociales que pudiera resultar adecuado estaría comprendido dentro de su deber de velar por la persona mayor, y su actuación legitimada también por las normas sobre procedimiento administrativo (art. 3 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, BOE nº 236, 2.10.2015). La autorización judicial es exigible únicamente para proceder al efectivo internamiento de la persona con capacidad judicialmente modificada.

¹⁸ En el caso de las residencias privadas, puede admitirse que la aceptación voluntaria del ingreso se produzca en el contrato de residencia, si este es firmado por la persona mayor y con carácter inmediatamente anterior al ingreso, pudiendo comprobarse en dicho momento si existe algún vicio del consentimiento o un defecto de capacidad.

4. El internamiento de personas que no pueden decidirlo por sí mismas

4.1. El procedimiento para evaluar la capacidad

De lo examinado hasta ahora se infiere que el elemento clave que determina si la persona mayor puede decidir por sí misma sobre su ingreso en el centro o bien habrá de ponerse en marcha el sistema garantístico que asegure el control sobre su internamiento es la evaluación de su capacidad. ¿A quién compete decidir si una persona mayor tiene capacidad para decidir el ingreso por sí misma? ¿Y a través de qué procedimiento se establece dicha capacidad? La respuesta a estas cuestiones resulta fundamental pues de ello depende tanto el respeto a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad (art. 12.4 CDPD) como la garantía de que no se producen internamientos injustificados.

No parece proporcionado ni acorde con la prohibición de discriminación por razón de discapacidad (art. 5 CDPD) solicitar autorización judicial de forma preventiva en todos los supuestos en los que exista una enfermedad crónica o una discapacidad, por más que pueda ser de tipo neurodegenerativo y que en un futuro pueda llegar a privar a la persona de capacidad cognitiva. MARTÍN PÉREZ (2004, pp. 189) entiende más adecuado que se exija el consentimiento expreso de la persona (y así, algunas leyes de servicios sociales exigen que se otorgue de forma escrita, como ya se analizó) y, en caso de duda sobre su capacidad, lo oportuno será que un facultativo efectúe una valoración sobre la misma.

Las leyes autonómicas de servicios sociales, tras reconocer el derecho al ejercicio de la libertad para el ingreso en un centro residencial, no se han ocupado de la evaluación de la capacidad para prestar dicho consentimiento, y hay que acudir a las normas de rango inferior que establecen los criterios de preferencia para la obtención de una plaza residencial, tanto de ámbito estatal como autonómico.

Entre ellas destaca la regulación catalana, pues el Decreto 145/1990, de 3 de mayo, (DOGC nº 1309, 25.6.1990) tras afirmar en su artículo 5 que para efectuar el ingreso en un establecimiento residencial será condición necesaria la previa y libre manifestación de voluntad de la persona, establece que todos los establecimientos deberán requerir un informe médico con antelación a dicho ingreso. Si de dicho informe médico se desprende la existencia de una presunta causa de incapacidad, será necesaria la autorización judicial previa al ingreso, y especifica que *“si circunstancias excepcionales aconsejan la necesidad urgente del ingreso, éste se entenderá hecho de forma provisional hasta contar con la correspondiente autorización judicial, que será solicitada en el plazo señalado por la normativa vigente”*¹⁹. Queda claro que es necesario un informe médico en el que se evalúe la capacidad, previo al ingreso, y que la exigencia de este requisito es cometido del

¹⁹ De acuerdo con el artículo 212.5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC nº 5686, 5.8.2010) (en adelante, libro segundo CCCat), este plazo es de 24 horas, coincidiendo con lo dispuesto por el artículo 763 LEC.

centro²⁰.

Sin embargo, aunque es común en el resto de normas la exigencia de un informe médico (también de un informe social) previo al acceso a una plaza residencial pública o concertada, el cometido de dicho informe médico no es evaluar la capacidad del eventual residente sino valorar el grado de asistencia que necesita la persona a efectos de incluirle como solicitante de un tipo de plaza u otra y a los efectos de asignarle una puntuación según el baremo de acceso.

Un requisito habitual para el acceso a un centro residencial es que la persona no padezca enfermedad infecto-contagiosa, enfermedad crónica en estado terminal o enfermedad clínica que requiera atención imprescindible en centro hospitalario, ni trastornos mentales graves que puedan alterar la normal convivencia en el Centro. Así lo establece la citada Resolución de 26 de agosto de 1987, por la que se regulan los ingresos, traslados y permutas en los centros residenciales para la tercera edad (arts. 3.2 y 3.3). A estos requisitos hay que añadir la necesidad de valorar el nivel de cuidados que necesita la persona por lo que, en consecuencia, el informe médico normalizado que se ha de acompañar a la solicitud de una plaza residencial tiene en cuenta: por un lado, si padece enfermedad contagiosa, presenta trastornos mentales que alteren la normal convivencia, o se encuentra inmovilizado en cama precisando cuidados médicos permanentes (circunstancias que excluirían la posibilidad de ser atendido en un centro residencial); por otro lado, si la persona se vale por sí misma desde el punto de vista físico (si presenta deficiencias sensoriales, incontinencia, dificultad para mover las extremidades superiores e inferiores o dificultades respiratorias) y también desde el punto de vista psíquico. En este aspecto, el facultativo ha de responder a la pregunta de si la persona se vale por sí misma para el desarrollo de las actividades de la vida diaria, debiendo indicar si existe desorientación tempo-espacial, alteraciones de percepción, incoherencias en la comunicación, descontrol emocional, trastornos de la memoria y trastornos de la conducta, y si todos ellos son leves, moderados o graves²¹.

Entre las normas autonómicas, similar regulación se contiene, por ejemplo, en el Decreto núm. 56/2001, de 8 de marzo por el que se aprueba el Reglamento regulador del régimen de acceso a las plazas en los centros residenciales para personas mayores dependientes de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y a las plazas concertadas en otros establecimientos (BOCYL nº 57, 20.3.2001) o en el Decreto núm. 31/1994, de 25 de febrero, por el que se regula el procedimiento para ingreso y traslado de usuarios en centros residenciales de la Administración para personas mayores en la Región de Murcia (BORMU nº 53, 5.3.1994).

Este trámite médico, que se exige en la tramitación de la solicitud de una plaza residencial para la

²⁰ Concluye el párrafo 5º de dicho artículo estableciendo que *“A los efectos de este Decreto, se entenderá que existe presunción de incapacidad cuando la persona presente enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico-psíquico que le impidan valerse por ella misma, según regula la normativa vigente”*, lo cual no casa bien con los planteamientos de la CDPD y puede ser considerado como una discriminación por razón de discapacidad.

En el caso de Asturias se indica expresamente que cuando exista una posible causa de incapacitación de la persona a ingresar habrá de estarse para su ingreso a lo dispuesto en el artículo 200 CC pero no se exige el informe médico previo al ingreso del que pueda deducirse dicha causa de incapacidad (artículo 15 del Decreto 10/1998 de 19 de febrero, por el que se regula el acceso y estancia en los establecimientos residenciales para ancianos, BOA 7.3.1998). Similar regulación se contiene en Andalucía, pues el artículo 45 de la Ley 6/1999 de atención y protección de las personas mayores establece que en los casos de incapacidad presunta en los que no sea posible el consentimiento, se requerirá autorización judicial para el ingreso.

²¹ Puede consultarse el modelo del IMSERSO en <http://www.imserso.es/interpresent3/groups/imserso/documents/binario/resimayinfsalud.pdf>.

persona mayor, debería incluir la valoración específica de la capacidad de la persona (lo que no excluye que se siga utilizando para esas otras finalidades), de forma que, si de aquel se desprende que la persona mayor carece de la capacidad necesaria para consentir el ingreso, se ponga en marcha bien el procedimiento de modificación de su capacidad de obrar, o bien el procedimiento del artículo 763 LEC. Al no contemplarse expresamente la necesidad de valorar la capacidad mediante informe médico previo al ingreso, se desaprovecha la oportunidad para detectar posibles internamientos que requieran de autorización judicial, y de solicitarla y obtenerla con carácter previo, evitando internamientos ilícitos.

4.2. La necesidad de autorización judicial

Como se ha referido, la normativa autonómica, tras proclamar la libertad para el ingreso en el centro residencial, se remite a las disposiciones civiles que regulan los internamientos involuntarios y la modificación judicial de la capacidad. En la actualidad las únicas normas que se ocupan de la cuestión son el artículo 271.1.1º CC, que se limita a establecer que el internamiento del tutelado en un “establecimiento de salud mental” requiere autorización judicial, y el artículo 763 LEC, que prevé el procedimiento para los internamientos forzados de personas que por trastorno psíquico no pueden decidirlo por sí mismas²². La aplicación de este último procedimiento a los ingresos de personas mayores en residencias ha sido problemática, porque contempla el internamiento en un centro “por razón de trastorno psíquico”, como medida terapéutica temporal, necesaria para una persona que no está en condiciones de decidirlo por sí misma. Se ha discutido por ello si el concepto de centro que emplea este artículo puede ser aplicado a las residencias, en las que la estancia no es temporal ni tiene como objetivo la aplicación de tratamientos o medidas terapéuticas sino el cuidado integral de la persona mayor.

Es menester recordar que algunas Audiencias Provinciales se mostraron por ello contrarias a la aplicabilidad del artículo 763 LEC a los ingresos en residencias. En tal sentido: AAP La Rioja, Civil, 30.12.2002, (AC\2003\464; MP: Carmen Araujo García); AAP Vizcaya, Civil Sección 4ª, 28.1.2003 (AC\2003\101; MP: Antonio García Martínez); AAP Valladolid, Civil Sección 1ª, 29.9.2005 (JUR\2005\236467; MP: José Antonio San Millán Martín). Otras, sin embargo, consideraron que el presupuesto de partida para la aplicación del art. 763 LEC es la imposibilidad de la persona para decidir por sí misma, lo que hace necesaria la intervención judicial para garantizar su protección, sean enfermos mentales o ancianos con problemas neurodegenerativos. Se argumenta que si es exigible la autorización judicial para un ingreso por razón de trastorno psíquico, con finalidad curativa y carácter temporal, con mayor razón es exigible para un internamiento con finalidad asistencial y con carácter indefinido. En tal sentido se han pronunciado algunas resoluciones, como el AAP Madrid, Civil Sección 22, 24.1.2012 (JUR 2012\106056; MP: Carmen Neira Vázquez), o el AAP Castellón, Civil Sección 2ª, 28.12.2011 (JUR\2012\75459; MP: Horacio Badenes Puentes), o el AAP Pontevedra, Civil Sección 6ª, 6.10.2011 (JUR\2011\394612; MP: Julio César Picatoste Bobillo), que han tenido en cuenta, además, la Ley 39/2006 y algunas de las normas autonómicas que prevén expresamente la voluntariedad del ingreso cuando se trata de residencias geriátricas. La Audiencia Provincial de Sevilla, por su parte, además de considerar aplicable el artículo 763 LEC a los ingresos en centros residenciales, aceptó que constituía también la vía procesal oportuna para solicitar la regularización de los ingresos producidos tiempo antes sin autorización judicial, cuestión que se tratará en el epígrafe siguiente. Véase, entre otros, el AAP Sevilla,

²² Se exceptúa el caso catalán, al que nos referiremos más adelante.

Civil, Sección 2ª, 20.9.2012 (JUR\2013\152665; MP: Manuel Damián Álvarez García). En opinión de ARRIBAS (2017, p. 8) las resoluciones desfavorables a la aplicación del artículo 763 LEC son menores en número y más antiguas, lo que le lleva a constatar cierta evolución hacia una respuesta positiva generalizada en el seno de las Audiencias Provinciales.

El reconocimiento por parte de la Ley 39/2006 y de las leyes autonómicas de servicios sociales del derecho a ejercer la libertad de ingreso específicamente para el centro residencial mitiga la dificultad de encuadrar la residencia en el concepto de “centro” del artículo 763 LEC, aunque lo cierto es que la doctrina ya había propuesto la interpretación amplia de dicho término (BARRIOS, 2004, pp. 8-9; MARTÍN PÉREZ, 2004, pp. 182-186; CERVILLA, 2008, p. 77) y también la mayoría de Audiencias Provinciales. AZNAR LÓPEZ razona (2004, pp. 36-42) que lo decisivo, tanto para el artículo 763 LEC como para el artículo 271.1º CC, no es el tipo de centro en donde haya de llevarse a cabo el internamiento, sino la imposibilidad en la que se encuentra la persona para prestar por sí misma el consentimiento en condiciones de validez jurídica, pues una interpretación restrictiva del concepto de centro llevaría al absurdo de aplicar o no el régimen garantista de dichos preceptos según el tipo de establecimiento en el que se lleve a cabo el ingreso. Lo importante, para el autor, es que se trate de un centro de régimen cerrado y que la persona carezca de capacidad para consentir el ingreso en él (coinciden con él MARTÍN PÉREZ, 2004, pp. 182-183, y BARRIOS, 2004, p. 7 y sig.).

El Tribunal Constitucional ha establecido, en su STC 13/2016, 1ª, 1.2.2016 (BOE nº 57, 7.3.2016) que: *“En este contexto, nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el «centro» al que se refiere el art. 763.1 LEC, siempre que, además de cumplir con todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, se halle en condiciones de cumplir con esas condiciones imprescindibles para el tratamiento psiquiátrico”*²³. Pero más allá de si cabe aplicar el procedimiento del artículo 763 LEC a los internamientos en residencias (cuestión a la que nos referiremos más adelante), las posteriores STC 34/2016, 2ª, 29.2.2016 (BOE nº 85, 8.4.2016; MP: Ricardo Enríquez Sancho) y STC 132/2016, 1ª, 8.7.2016 (BOE nº 196, 15.8.2016; MP: Andrés Ollero Tassara) han establecido que los internamientos de personas por trastorno psíquico, y en este caso se trataba de personas mayores aquejadas de demencia senil e ingresadas en una residencia geriátrica, cuando se realicen en contra de su voluntad o sin contar con ella porque el afectado no es consciente de la realidad que le rodea, repercuten sobre el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) por lo que *“la decisión de internamiento solo puede ser acordada judicialmente”*. Es decir, tal y como propugnaban los autores arriba citados, lo verdaderamente relevante, entonces, más allá de si se trata de un centro psiquiátrico o residencial, y de un trastorno psiquiátrico, es que el internamiento se efectúa

²³ Se trataba del ingreso involuntario en una residencia geriátrica de una mujer, con posible deterioro cognitivo, efectuado a instancias del Samur Social, solicitándose la autorización judicial con posterioridad a la materialización del ingreso y excedido el plazo de 24 horas que establece el artículo 763 LEC. El Tribunal Constitucional aprecia que no concurría la situación de urgencia que hubiera permitido efectuar el ingreso y solicitar la autorización judicial a posteriori, y que, además, no fue el Director del centro quien solicitó la ratificación de la medida sino el propio Samur Social, sin aportar un informe médico que acreditara el trastorno psíquico y motivara la procedencia de la medida. El Tribunal Constitucional concede el amparo a la afectada, por haberse producido su ingreso con vulneración de las garantías del artículo 763 LEC, y decreta su libertad inmediata, sin perjuicio del resultado del procedimiento de modificación judicial de la capacidad que consta iniciado.

en un centro de régimen cerrado, lo cual afecta al derecho fundamental a la libertad, y ante la falta de capacidad de la persona para decidir, el ingreso debe autorizarse judicialmente.

En las CCAA con Derecho Civil propio solo Aragón y Cataluña han regulado expresamente la posibilidad de internamiento involuntario de la persona. En el primer caso, el artículo 36 del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo (BOA nº 63, 29.3.2011) establece que *“para internar a la persona contra su voluntad en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial o en un centro residencial que comporte privación de libertad, se necesita autorización judicial. Nadie podrá ser obligado a permanecer internado, salvo si media autorización judicial en tal sentido”*. Nótese que el precepto se refiere expresamente a los centros residenciales, siempre que el ingreso se realice en régimen cerrado, pues solo en tal caso el internamiento implica una privación de libertad. Pero también que la norma se refiere al ingreso contrario a la voluntad de la persona. Nada se dice sobre el internamiento de la persona que no tenga capacidad para expresar tal voluntad. Por tanto, no completa la remisión que hace el artículo 7 de la Ley 5/2009 de servicios sociales de Aragón al derecho a ejercer la libertad individual para el ingreso con las limitaciones establecidas en la legislación vigente para las personas incapacitadas o incurso en medidas judiciales de internamiento.

En el caso de Cataluña, el artículo 212.4 Libro Segundo CCCat se refiere al internamiento *“en un establecimiento especializado de una persona por razón de trastornos psíquicos o enfermedades que puedan afectar a su capacidad cognitiva”* y exige que el mismo sea objeto de autorización judicial previa *“si su situación no le permite decidir por sí misma, cualquiera que sea su edad”*. La elección del término “establecimiento especializado” y la alusión al trastorno psíquico o a enfermedades que puedan afectar a la capacidad cognitiva de la persona lo hacen perfectamente aplicable a los ingresos de personas mayores en centros residenciales, exigiéndose su autorización judicial cuando la persona no pueda decidir por sí misma. Se aprecia, por ello, que en el caso catalán la remisión que efectuaba el artículo 12.1.a) de la Ley 12/2007, de Servicios Sociales de Cataluña a lo que establezca la legislación vigente en relación a las personas con capacidad judicialmente modificada o incurso en medidas de internamiento sí encuentra una solución específica. Al regular el contenido de la tutela (arts. 222-43 Libro Segundo CCCat.) no se exige expresamente que el tutor solicite autorización judicial para el ingreso de la persona tutelada, pero puede subsumirse el supuesto en el ya citado artículo 212.4, que se refiere a la persona que no puede decidir por sí misma, sin diferenciar si su capacidad ha sido modificada judicialmente o no. Por lo demás, se trata de la regulación más completa, pues se prevén además los supuestos de urgencia en el internamiento y de incapacidad sobrevenida.

Se comprueba, pues, que la autorización judicial es un requisito unánimemente exigido para proceder al ingreso de la persona que no tiene capacidad para consentir por sí misma de forma libre y consciente, lo cual se ha considerado una garantía fundamental para evitar el riesgo de internamientos arbitrarios e injustificados (MARTÍN PÉREZ, 2004, p. 168) y, en definitiva, contrarios a un derecho fundamental. La iniciativa del internamiento podrá ser tomada, obviamente, por los familiares o incluso por el tutor de la persona con capacidad modificada, pero siempre estará supeditada a la autorización judicial.

Tampoco ha faltado algún autor que ha puesto en duda la conveniencia de exigir la autorización judicial en todos aquellos casos en los que la persona mayor carezca de capacidad para decidir el ingreso por sí misma. DE MARTÍ (2007, pp. 53-54) observa que el sistema pretende ser garantista pero se torna en burocrático, y reflexiona sobre si debería limitarse la intervención judicial a ciertos supuestos, en los que exista un “patrimonio, conflicto o riesgo”, dejando la inmensa mayoría de los casos en el ámbito administrativo y diseñando un método de protección centrado en el cuidado, opinión que está ciertamente respaldada por la percepción social, que no considera el ingreso de una persona mayor en

un centro residencial como una privación de libertad (véase GERMÁN, pp. 40-41). Sin embargo, no parece discutible a estas alturas que el internamiento en una residencia debe estar sometido a control cuando la persona carece de capacidad para decidirlo por sí misma, menos aún tras los pronunciamientos del TC que se han citado más arriba, y no parece muy factible sustituir la autorización judicial por otro tipo de mecanismo o control de carácter administrativo, aunque sí es conveniente disponer de un procedimiento específico y adaptado a las circunstancias del internamiento en residencias (así lo ha reclamado buena parte de la doctrina, como BARRIOS, 2004, pp. 24-25, DE MARTÍ, 2007, p. 53-54; CERVILLA, 2008, p.77).

A pesar de la necesidad de autorización judicial, se constata que algunas normas de rango inferior prescinden de la misma y atribuyen al tutor la facultad de decidir el ingreso, como el Decreto 88/1996, de 4 de junio, de Extremadura, de régimen de acceso a los Centros Residenciales dependientes de la Consejería de Bienestar Social para personas mayores (DOE nº 65, 13.6.1996), que en su artículo 3, bajo el título *“el ingreso en el Centro tendrá carácter voluntario, debiendo mediar solicitud expresa del interesado”*, establece que *“si la persona para la que se solicita la plaza hubiera sido declarada incapaz mediante sentencia judicial, el ingreso lo solicitará el tutor o representante legal, debiéndose adjuntar la sentencia a la documentación que acompañe a la solicitud”*. El Decreto 284/1996, de 23 de julio, de regulación del sistema catalán de Servicios Sociales (DOGC nº 2237, 31.7.1996) proclama igualmente en su artículo 7 que para el ingreso en un centro es condición necesaria la previa y libre manifestación de voluntad de la persona que ha de ingresar, o la de su representante legal. Más recientemente, el Decreto Foral 17/2014, de 25 de febrero, de la Diputación Foral de Bizkaia 17/2014, por el que se regula el régimen de acceso al servicio público foral de residencias para personas dependientes y las condiciones de prestación del servicio en estancia permanente (BOB nº 40, 27.2.2014) establece que la persona usuaria del servicio público foral de residencias deberá manifestar su consentimiento al ingreso en condiciones inequívocas de validez jurídica, y establece que *“En su defecto, dicho consentimiento podrá ser manifestado por quien ejerza legalmente la tutela”* (art. 6).

Estas disposiciones últimamente citadas son nulas por contradecir lo dispuesto en la ley, o bien habrían quedado tácitamente derogadas por otras leyes posteriores, pero qué duda cabe de que inducen a error tanto a las personas que gestionan los ingresos dentro de los centros, como a los propios familiares que los deciden, pues incluso el equívoco puede trasladarse a documentos o guías accesibles a los interesados, lo cual fomenta que los internamientos continúen produciéndose con omisión de control judicial.

Véase, por ejemplo, la Guía Técnica “Residencias para persona mayores en la provincia de Barcelona” (pp. 11-12) que, tras recoger que la persona debe consentir libremente el ingreso en la residencia, establece: *“A veces el candidato a residente no está capacitado para manifestar su voluntad. En estos casos, se hace cargo del ingreso el guarda de hecho”*, y en una “Nota técnica 2” indica quiénes son designados como guarda de hecho.

4.3. La “convalidación” de los ingresos realizados sin autorización judicial

Por múltiples razones, lo cierto es que es común que el ingreso de la persona mayor que no conserva facultades psíquicas para decidirlo por sí misma sea decidido por sus familiares o por

su guardador de hecho, siendo aceptado por el centro residencial, aunque no haya sido autorizado judicialmente²⁴. La STC 34/2016, 2ª, 29.2.2016 (BOE nº 85, 8.4.2016) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este asunto, estableciendo una doctrina que ha sido seguida y complementada en cuanto al procedimiento de urgencia por la posterior STC 132/2016, 1ª, 8.7.2016 (BOE nº 196, 15.8.2016).

En el primero de los casos enjuiciados por el TC se había producido el ingreso en una residencia pública de una mujer de 80 años con demencia senil, solicitándose por el centro la ratificación del ingreso involuntario meses después de producirse. Consta acreditado que la afectada, convenientemente atendida por su hija, no tenía capacidad de autogobierno, aunque no había sido sometida a un procedimiento de modificación de la capacidad. Sí tenía reconocida una situación de gran dependencia en grado III y el derecho a la prestación de atención residencial. En el segundo supuesto, la directora de la residencia en la que había ingresado la persona mayor con demencia senil, a instancias de su nieta, sí solicitó la ratificación judicial del internamiento al día siguiente de producirse, amparándose en el procedimiento de urgencia del artículo 763.1 LEC.

Ambas resoluciones tienen una importante repercusión práctica y abordan una cuestión de gran trascendencia social (RUBIO, 2016, p. 3; BERCOVITZ, 2016, p. 1), como reconoce el propio Tribunal Constitucional²⁵, preocupado al constatar que las graves y generalizadas irregularidades que puso de manifiesto la Fiscalía General del Estado en su Instrucción 3/1990 no se han erradicado a pesar del tiempo transcurrido y de los esfuerzos legislativos²⁶, como demuestra el propio hecho de que existan asuntos que hayan llegado en amparo al propio Tribunal Constitucional.

²⁴ Por un lado, como se ha indicado, algunas Audiencias Provinciales descartaban la aplicación del artículo 763 LEC a los supuestos de ingresos en residencias. Por otro lado, en ocasiones los familiares o guardadores de la persona mayor, y también los centros, desconocen la necesidad de autorización judicial, a lo que han contribuido algunas normas reglamentarias que atribuyen la decisión al tutor. Pesa, también, el paternalismo que ha impregnado la prestación residencial hasta épocas recientes y el convencimiento de que la decisión de ingreso se toma en beneficio de la persona mayor. Por ello los familiares frecuentemente se muestran sorprendidos y descontentos si la residencia comunica el ingreso en el plazo de 24 horas (DE MARTÍ, 2007, p. 49; GERMÁN, 2016, pp. 40-41).

²⁵ Establece la STC 34/2016, 2ª, 29.2.2016: *“la demanda de amparo hace referencia a un caso concreto, el de doña M.R.S., cuyas circunstancias coinciden de manera sustancial con el de otras muchas personas que debido a su edad avanzada sufren una enfermedad neurodegenerativa y se encuentran recluidas en una residencia sin poder salir de ella, como medida de prevención. Han sido traídas allí por alguien de su entorno cercano, o a iniciativa de los servicios sociales; incluso en ocasiones se trata de un ingreso voluntario con el fin de recibir los cuidados de manutención y salud necesarios y, con el paso del tiempo, el afectado pierde la consciencia necesaria para emitir su voluntad de permanecer allí. La cuestión es que estos centros tienen bajo su cargo a personas que están privadas de su libertad ambulatoria y lo están, con cierta frecuencia en la práctica, sin ningún conocimiento ni autorización de la autoridad judicial”*.

²⁶ La STC 34/2016, 2ª, 29.2.2016 cita únicamente la Ley 39/2006, pero como se ha comprobado, son muchas las normas autonómicas que han proclamado la libertad en el ingreso, permanencia y salida del centro residencial.

Centrándonos de momento en el primer supuesto, el problema suscitado es que el ingreso se efectuó sin contar con autorización judicial previa, y que el director del centro solicitó la ratificación judicial meses después, tramitándose por el Juzgado de Primera Instancia por la vía del artículo 763 LEC, para concluir denegando la autorización por no haberse respetado el plazo de 24 horas establecido para la ratificación judicial de los internamientos urgentes. El Ministerio Fiscal recurrió la resolución alegando que, sin desconocer la importancia constitucional del plazo, en los términos de la STC 141/2012, 2ª, 2.07.2012 (BOE nº 181, 30.7.2012; MP: Ramón Rodríguez Arribas) y de las eventuales responsabilidades que pudieran derivarse para los responsables del centro, ni la ausencia de solicitud previa al ingreso ni el incumplimiento del deber de comunicación en el plazo establecido pueden servir para descartar todo control judicial del internamiento no voluntario de la persona, que pretende garantizar la legalidad de una medida que supone una restricción del derecho a la libertad. Este argumento no fue compartido por el AAP Gran Canaria, 3ª, 20.6.2014, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el anterior AJPI nº 15 de Las Palmas de Gran Canaria, 20.05.2014, y denegó por tanto la autorización judicial por no concurrir los presupuestos del art. 763 LEC, frente a lo cual el Ministerio Fiscal interpuso demanda de amparo²⁷.

Al objeto de pronunciarse al respecto, el Tribunal Constitucional aborda dos cuestiones distintas pero relacionadas entre sí: la primera, si cabe “regularizar” las situaciones de internamientos involuntarios de personas mayores por causa de trastorno psíquico materializadas tiempo antes sin autorización judicial; y la segunda, si resulta adecuado desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE) acudir a la vía del artículo 763 LEC para proceder a dicha “regularización”.

Para responder a la primera de las cuestiones, la Sala parte de su posición en cuanto al internamiento de personas que, por su trastorno psíquico, no están en condiciones de manifestar su voluntad, en cuanto no son conscientes de la realidad que les rodea o están impedidos para comunicarse y expresar su parecer, en relación con lo cual, afirma:

“A este respecto, en nuestra STC 141/2012, de 2 de julio, FJ 3, con cita de la anterior STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 2, afirmamos que en atención a «su repercusión directa sobre el derecho fundamental a la libertad personal, este Tribunal ha declarado que “la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente...”. (...) Se sigue de la doctrina expuesta que, con la excepción de que se cumplan los requisitos y garantías que permiten llevar a cabo un internamiento involuntario urgente directamente por el centro médico o asistencial (con los controles legales y judiciales que le son inherentes), resultará imprescindible que la medida se acuerde previamente por el juez y siempre respecto de una persona que ha de encontrarse en ese momento en libertad. En este segundo caso, el internamiento no urgente podrá solicitarse por los trámites del art. 763 LEC y sin el condicionante de las 72 horas para que el Juez resuelva, siempre que la adopción de dicha medida constituya el objeto exclusivo de tutela que se pretende en favor del afectado.”

²⁷ No se ha tenido acceso a los textos de los autos citados del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial.

Es decir, el internamiento de una persona mayor en un centro residencial de régimen cerrado afecta al derecho fundamental de la persona a su libertad individual (art. 17.1 CE) ²⁸, y, en consecuencia, si la persona no puede decidirlo por sí misma, debe autorizarse judicialmente, con respeto a los requisitos y garantías legales y siempre desde una situación de libertad.

En el supuesto enjuiciado, el internamiento se había realizado sin contar con autorización judicial, habiéndose solicitado meses después del ingreso en la residencia y por tanto ya desde una situación de privación de libertad, planteándose si es posible autorizar dicho internamiento a posteriori, produciéndose, de facto, la convalidación del mismo. El Tribunal Constitucional es tajante al afirmar que *“no resulta posible hablar de la “regularización” de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del Juez, sea en un hospital, centro sociosanitario o en su caso residencia geriátrica (esta última, como hemos señalado en la STC 13/2016 de 1 de febrero, puede ser el “centro” al que se refiere el art. 763.1 LEC...)”*. Es decir *“no cabe “regularizar” lo que no es mera subsanación de formalidades administrativas, sino directa vulneración de un derecho fundamental (art. 17.1 CE)”*.

Tanto el reconocimiento expreso de que el internamiento involuntario afecta al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), como la afirmación, por primera vez, de que la falta de autorización judicial no supone una mera irregularidad administrativa sino una clara vulneración de un derecho fundamental han de tener una repercusión importante sobre internamientos futuros, en un ámbito como el residencial, en el que, como se ha comprobado, es frecuente que los mismo se produzcan sin haber sido autorizados judicialmente.

Sentado que no cabe convalidar o regularizar un ingreso no autorizado judicialmente, el Tribunal Constitucional aborda la segunda cuestión: si el artículo 763 LEC es la vía para obtener dicha autorización. En el supuesto enjuiciado, el Tribunal descarta, en primer lugar, que exista una incapacidad sobrevenida que pudiera justificar la solicitud de autorización judicial en un

²⁸ La sentencia fundamenta la infracción del derecho fundamental a la libertad en el artículo 17.1 CE, sin mención al artículo 5.1 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (Roma, 4.11.1950; ratificado por España mediante Instrumento publicado en el BOE 243, 10.10.1979) (en adelante, CEDH). Es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se ha ocupado fundamentalmente de la privación de libertad derivada de internamientos psiquiátricos, tal y como recoge la STC 141/2012, 2ª, 2.07.2012 (BOE nº 181, 30.7.2012; M.P. Ramón Rodríguez Arribas). Pero la STEDH, 2ª, 26.2.2002, *Case of H.M. v. Switzerland*, enjuició el ingreso de una persona mayor en un centro residencial, respecto al cual se alegaba la vulneración del citado art. 5.1 CEDH. El TEDH recuerda que para determinar si existe una privación de libertad ha de tenerse en cuenta la específica situación del sujeto afectado y una serie de factores como el tipo, duración, efectos y forma de implementación de la medida en cuestión. En el caso, se trataba de una señora mayor que pudo permanecer en su domicilio y seguir recibiendo allí asistencia domiciliaria, pero ella y su hijo rechazaron cooperar con la asociación que les prestaba dicha asistencia, por lo que las condiciones de vida de la señora se deterioraron hasta el punto de que las autoridades decidieron intervenir, acordando su traslado a un centro residencial. El TEDH toma en consideración que la demandante estaba en una zona de la residencia donde tenía libertad de movimiento y contacto con el mundo exterior, que una vez en la residencia se mostraba de acuerdo en quedarse y, fundamentalmente, que el ingreso se acordó en su propio interés, para proveerle el necesario tratamiento médico y adecuadas condiciones de higiene y cuidado, por lo que se trató de una medida responsable adoptada por las autoridades competentes en interés de la demandante.

momento posterior al del ingreso, pues no existe una enfermedad nueva aparecida con posterioridad a dicho momento, sino que todo hace pensar que el ingreso fue involuntario desde el principio. A lo sumo, razona la sentencia, en el momento en el que se solicita la autorización (recuérdese, 4 meses después del internamiento) podrá alegarse la constatación de la persistencia o irreversibilidad del mal que ya tenía. Así las cosas, el internamiento de esta persona carente de capacidad fue realizado sin contar con la autorización judicial previa al mismo, sin que concurriera el presupuesto de urgencia que justifica que se realice el ingreso y se solicite la ratificación judicial con posterioridad, y sin sujeción al plazo de 24 horas que exige el artículo 763 LEC para solicitar tal ratificación, por lo que el Tribunal Constitucional no puede sino descartar la aplicación de este precepto. En este punto, como destaca BERCOVITZ (2016, pp. 2-3) la explicación es formalmente evidente y efectivamente, cae por su propio peso la imposibilidad de aplicar extemporáneamente el artículo 763 LEC, como solicitaba el Ministerio Fiscal. Ello lleva al Tribunal a afirmar que *“las resoluciones judiciales aquí impugnadas no han vulnerado el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) de D^a M.R.S. por los concretos motivos que ha alegado la demanda de amparo”*, lo cual a nuestro juicio es incoherente con las propias afirmaciones de la sentencia, en cuanto que previamente se ha afirmado que cualquier internamiento de persona que no sea capaz de decidirlo por sí ha de ser autorizado judicialmente antes de su efectiva producción. En este punto, el internamiento ha de considerarse ilícito, en cuanto contrario al derecho fundamental a la libertad individual y no susceptible de convalidación, por lo que la solución del Tribunal Constitucional no podía ser otra que ponerle fin, como se hizo efectivamente en la STC 13/2016, 1^a, 1.2.2016 (BOE n^o 57, 7.3.2016) en la que se decretó la inmediata puesta en libertad de la persona que se hallaba recluida en un centro geriátrico, sin perjuicio de que la medida de internamiento pudiera ser adoptada dentro del proceso de modificación judicial de la capacidad que ya se había iniciado²⁹. No es esa, sin embargo, la solución adoptada en esta ocasión por la STC 34/2016, de 29 de febrero:

“Así las cosas, de todos los efectos que pueden derivarse de la privación ilícita de libertad de la persona internada en esas condiciones, interesa a este amparo el mecanismo procesal civil adecuado para poner fin a esa situación –que no para regularizarla–, teniendo en cuenta la naturaleza del padecimiento psíquico que concurre en este supuesto. Pasamos con ello al enjuiciamiento de las resoluciones impugnadas”.

La única alternativa que cabe, una vez descartado el procedimiento del artículo 763 LEC, es iniciar un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, tal y como habían propugnado los autos del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial, en el marco del cual se solicite la autorización judicial para el ingreso, bien como medida definitiva o bien como medida cautelar, y es la solución que el Tribunal Constitucional considera adecuada. La Sala apoya esta solución en tres argumentos. En primer lugar, la enfermedad diagnosticada a D^a M.R.S. puede subsumirse en el concepto de “enfermedad o deficiencia persistente de carácter psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma”, del artículo 200 CC y consta acreditado en el informe de la médico forense que las capacidades intelectivas y volitivas de la afectada se

²⁹ Como ya se indicó más arriba, en este caso fue el Samur Social la entidad que solicitó la ratificación judicial del ingreso en el plazo de 24 horas, siendo rechazado por el Tribunal Constitucional, por no constituir su informe el informe médico que requiere el artículo 763 LEC, y por no haberse solicitado por el responsable del centro, único que está legitimado para solicitar dicha ratificación.

encuentran abolidas casi por completo, siendo incapaz para el gobierno de sus bienes y su persona. En segundo lugar, ningún argumento de orden legal o jurisprudencial impide que el Juez autorice el internamiento como medida cautelar en un proceso de declaración de incapacidad (art. 762 LEC), sin que ello implique, insiste la sentencia, dar validez a cualquier internamiento ilícito anterior. Y en tercer lugar, el proceso de incapacitación resulta sin duda el más adecuado *“desde una perspectiva de protección jurídica integral de la parte demandada en él, en este caso para tutelar la situación de doña M.R.S., pues las medidas que permiten acordarse aquí no conciernen única y exclusivamente a su persona, sino también al aseguramiento de su patrimonio, ámbito cuya importancia por cierto ha destacado la Fiscalía General del Estado en su instrucción núm. 4/2008 «Sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces»”*. El Tribunal Constitucional otorga el amparo, en fin, porque las resoluciones recurridas rechazaron la aplicación del artículo 763 LEC pero no adoptaron ninguna decisión sobre la situación personal de la internada.

Esta doctrina ha sido reiterada por la STC 132/2016, 1ª, 18.7.2016 (BOE nº 196, 15.8.2016), en la que el internamiento se incoó por el procedimiento de urgencia del artículo 763 LEC. En este supuesto, la Sra. C.C.H., que padecía demencia senil, había sido ingresada a instancias de su nieta en una residencia solicitando la dirección de la misma la incoación de dicho procedimiento de internamiento no voluntario en el plazo de 24 horas después del ingreso, al considerar, de acuerdo con el examen médico al que la paciente fue sometida el mismo día de su internamiento en la residencia que no podía manifestar por sí misma su voluntad de ingreso y permanencia en el centro, dado el grave deterioro cognitivo que padecía. Mediante Auto de 9 de abril de 2014 el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Telde inadmitió a trámite dicha solicitud, notificándose al Ministerio Fiscal. Este presentó una nueva solicitud de incoación de procedimiento de internamiento involuntario, también por el procedimiento de urgencia, que fue inadmitido a trámite mediante Auto de 8 de mayo de 2014, recurrido en apelación por el Ministerio Fiscal y desestimado mediante Auto de 25 de julio de 2014 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas.

Interpuesto recurso de amparo frente a las citadas resoluciones, el Tribunal Constitucional reitera los pronunciamientos vertidos en la anterior STC 34/2016, Sala 2ª, 29.2.2016 (BOE nº 85, 8.4.2016) y recuerda que salvo que se cumplan los requisitos y garantías que permiten llevar a cabo un internamiento involuntario urgente resultará imprescindible que la medida se acuerde previamente por el Juez y siempre respecto de una persona que ha de encontrarse en ese momento en libertad. En este segundo caso, la directora del centro en el que se había ingresado a la anciana sí había solicitado la ratificación judicial del ingreso en las 24 horas siguientes a su producción, por el procedimiento de internamiento involuntario urgente, pero fue archivado al entender que no concurría el presupuesto de la urgencia, mismo argumento que sirvió para archivar la posterior solicitud de internamiento urgente incoada por la Fiscalía³⁰. Al respecto, el

³⁰ Los requisitos del internamiento urgente fueron sistematizados por la STC 141/2012, 2ª, 2.7.2012 (BOE nº 181, 30.7.2012; MP: Ramón Rodríguez Arribas) (al respecto, véase BARRIOS, 2012). El internamiento ha de justificarse siempre en una finalidad terapéutica por el padecimiento de un trastorno psíquico, la medida ha de ser necesaria y proporcionada y han de cumplirse una serie de medidas en la “fase extrajudicial” del ingreso, como son la

Tribunal Constitucional admite que las resoluciones impugnadas no ponen en cuestión la concurrencia de uno de los presupuestos para acudir a la vía procedimental del art. 763.1 LEC, como es la existencia de un trastorno psíquico con entidad suficiente para justificar un internamiento forzoso, pero el problema se centra en el cumplimiento del otro presupuesto de la modalidad procesal a la que se acude, la «urgencia» del internamiento, cuya existencia fue rechazada por los órganos judiciales, sin que quepa reputar dicha decisión de irrazonable, para el Tribunal Constitucional. Y en este punto la sentencia reitera que conforme a la doctrina sentada en la STC 34/2016, Sala 2ª, 29.2.2016 (BOE nº 85, 8.4.2016), lo procedente hubiera sido iniciar el procedimiento de incapacitación para proceder a la adecuada y definitiva protección de la presunta incapaz.

Estos dos pronunciamientos han considerado necesario el inicio de un procedimiento de modificación de la capacidad en el que se autorice judicialmente la medida de internamiento, opción que ha sido bien aceptada por la doctrina (RUBIO, 2016, p. 3; BERCOVITZ, 2016, p. 4). No puede sino compartirse que la medida adecuada de protección para aquellas personas sin capacidad de autogobierno por el padecimiento de una enfermedad psíquica sea el procedimiento de modificación judicial de la capacidad. Al respecto, como subraya BERCOVITZ (2016, p. 4) el procedimiento del artículo 763 LEC no ofrece ninguna protección a la persona mayor desde el punto de vista patrimonial y por tanto no la ampara suficientemente en todos sus ámbitos.

Sin embargo, se pasa por alto que en estos dos supuestos lo enjuiciado no era la determinación de la medida más adecuada para proteger a estas personas mayores, por más que conste acreditada su falta de autogobierno por padecer una demencia senil, sino la situación producida desde el momento de su ingreso en una residencia de régimen cerrado sin la preceptiva aprobación judicial. Formalmente es irreproachable que no es posible acudir al procedimiento de urgencia del artículo 763.1 LEC, y en tal sentido las resoluciones impugnadas no han vulnerado la legalidad. Pero el propio Tribunal ya había afirmado con anterioridad que el internamiento de aquellas personas incapaces de decidirlo por sí mismas debe ser autorizado judicialmente y con carácter previo, pues de lo contrario se produce una situación vulneradora de su derecho fundamental a la libertad individual, no susceptible de convalidación. Del reconocimiento de esta vulneración

existencia de un informe médico que quede plasmado por escrito, la información al afectado o a su representante acerca del internamiento y sus causas y el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de este al tribunal competente lo antes posible y dentro del plazo de 24 horas, aclarando que se trata de un plazo máximo cuyo cómputo se inicia desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. En la fase judicial es vital que el juez informe al interno a su representante legal acerca de su situación material y procesal, y el derecho del afectado (o de su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento, y que el afectado cuente con su propia representación y defensa. El Juez ha de examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate, pudiendo llevarse a cabo en el propio establecimiento hospitalario, y son imprescindibles el dictamen facultativo y la práctica de cualquier otra prueba que se considere necesaria. Por último, el plazo de 72 horas de las que dispone el Juzgado para ratificar o alzar la medida de internamiento es improrrogable y, como ha especificado la STC 182/2015, 2ª, 7.9.2015 (BOE nº 245, 13.10.2015; MP: Pedro González-Trevijano Sánchez), se computa desde el mismo momento en que la comunicación por parte del director del centro tiene entrada en el Juzgado decano.

solo puede inferirse la necesidad de poner fin a esta situación y decretar la puesta en libertad de la persona, tal y como ha fallado el propio Tribunal Constitucional en otros supuestos de internamientos por razón de trastorno psíquico. Sin embargo, la constatada necesidad de protección de estas concretas personas mayores parece pesar más en la decisión que la propia vulneración del artículo 17.1 CE pues, de hecho, en ambos casos precisaban de la asistencia que el centro les estaba prestando. Influye indudablemente también el dato de que en los dos supuestos las solicitudes de internamiento se presentaron en 2014 y el otorgamiento de amparo no llega hasta 2016, y que para poner fin al internamiento ilícito estas personas deberían abandonar la residencia y esperar a la autorización de internamiento en el seno del procedimiento de modificación de su capacidad, pues como resaltan las propias resoluciones, la decisión de internamiento no urgente solo puede adoptarse desde una situación de libertad. Realmente, aunque el TC haya insistido en que no cabe regularizar los internamientos realizados sin autorización judicial, al no decretar la puesta en libertad de estas personas el internamiento se convalidará, de hecho, cuando llegue la autorización en el seno de un procedimiento de modificación de la capacidad.

Por otro lado, es importante no perder de vista que en ambos supuestos consta acreditada médicamente la falta de autogobierno de las personas mayores internadas, debido al padecimiento de una demencia senil. Pero de ahí no puede derivarse una equiparación automática del concepto de falta de autogobierno con el de falta de capacidad para decidir el ingreso, ni con el concepto de discapacidad, como ya advirtió el Fiscal en ambos procedimientos.

4.4. Consecuencias de la doctrina emanada de las SSTC 34/2016, 2ª, 29.2.2016 (BOE nº 85, 8.4.2016) y 132/2016, 1ª, 18.7.2016 (BOE nº 196, 15.8.2016)

a. Sobre los internamientos ya producidos sin haber sido autorizados judicialmente

Aquellos internamientos de personas sin capacidad para decidirlos por sí mismas y no autorizados judicialmente pueden generar consecuencias, al menos, en el ámbito sancionador y en el ámbito de la responsabilidad civil³¹.

La importancia de los servicios de inspección como mecanismo de comprobación y salvaguarda del derecho a la libertad de ingreso ya había sido apuntada por MARTÍN PÉREZ (2004, p. 186), y lo cierto es que muchas de las leyes de servicios sociales autonómicas, con redacción prácticamente idéntica, tipifican como infracción grave la acción de impedir el ejercicio de la libertad individual para el ingreso, permanencia y salida de un centro residencial, salvo lo establecido al efecto por la legislación vigente para los menores y las personas incapacitadas³².

³¹ Excede del ámbito del presente trabajo el examen de las posibles consecuencias de naturaleza penal que puedan derivarse la vulneración del derecho fundamental a la libertad personal, que han sido sugeridas por algún autor (SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2008, p. 190).

³² Véase: art. 86.d) Ley Foral 15/2006 de Servicios Sociales de Navarra; art. 92.1.c) Ley 2/2007 de Servicios Sociales de Cantabria; art. 90.1.e) Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco; art. 92.d) Ley 5/2009 de

Cabe apuntar si dentro de esta acción de “impedir el ejercicio de la libertad individual” para el ingreso en el centro residencial pueden incluirse no solo las conductas positivas (ingresar por la fuerza a una persona que se opone, sin contar con autorización judicial) sino también las omisiones, como que la dirección del centro admita los ingresos decididos por los familiares de la persona mayor y tampoco solicite la ratificación del ingreso en el plazo de 24 horas. A falta de resoluciones judiciales que interpreten estas disposiciones, se ha de tener en cuenta el reconocimiento expreso efectuado por el Tribunal Constitucional de que la falta de autorización judicial de la medida de internamiento supone vulneración del derecho a la libertad individual (art. 17.1 CE) y que su ausencia no constituye una simple irregularidad administrativa, debiendo considerarse conductas que, efectivamente, impiden la libertad individual para el ingreso.

La norma andaluza, la más reciente, no solo tipifica la conducta de impedir sino también la de dificultar el derecho a decidir libremente sobre el ingreso en un centro residencial, a lo que añade la tipificación también como infracción grave de la acción de dificultar o impedir el ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en caso de internamientos involuntarios (art. 126.a.9ª y 10ª, Ley 9/2016 de Servicios Sociales de Andalucía). En el caso gallego se tipifica expresamente como infracción muy grave el proporcionar a las personas usuarias *“tratos degradantes, discriminatorios o incompatibles con la dignidad, así como la realización de actuaciones que supongan violación, restitución o impedimento injustificado de sus derechos fundamentales y libertades públicas”* (art. 82 Ley 13/2008 de Servicios Sociales de Galicia), lo que parece encajar perfectamente con el internamiento producido sin autorización judicial. También la norma de Castilla y León prevé como infracción muy grave *“dispensar un trato vejatorio con vulneración de la integridad física o moral o de cualquiera de los derechos fundamentales de las personas usuarias de los centros y servicios regulados en esta ley”*, entre los que se encuentra el derecho a prestar el consentimiento específico y libre para el ingreso en el centro residencial (art. 117 y art. 11.2.f Ley 16/2010, de servicios sociales de Castilla y León). En la misma línea de incrementar la gravedad de la infracción, Cataluña tipifica como infracción muy grave el *“imponer dificultades injustificadas a los usuarios para el disfrute de los derechos”*, entre los cuales se encuentra el ejercicio de la voluntariedad para el ingreso (art. 98.1.1 Ley 12/2007, de Servicios Sociales de Cataluña).

Del panorama expuesto se deduce, al menos, la concienciación de las CCAA en lo que concierne al respeto a la voluntariedad del ingreso, y su apuesta por los servicios de inspección como uno de los mecanismos que ayuden a salvaguardarlo.

Además, hay una aparente uniformidad pues la mayoría de leyes optan por tipificar la conducta de impedir el ejercicio de la libertad del ingreso como infracción grave. Sin embargo, se considera que la uniformidad es aparente porque si se observan las sanciones económicas que llevan aparejadas (sin tener en cuenta las posibles sanciones accesorias o las multas coercitivas) lo cierto es que la eventual multa por una misma infracción puede resultar de cuantía muy dispar³³.

Servicios Sociales de Aragón; art. 84.b) Ley 7/2009, de Servicios Sociales de La Rioja; art. 128.o) de la Ley 4/2009, de Servicios Sociales de Illes Balears; art. 66.2.d) Ley 14/2015, de Servicios Sociales de Extremadura.

³³ La sanción por la comisión de una infracción grave se cuantifica: de 3.001 a 30.000 de acuerdo con el art. 69.1.b) Ley 14/2015, de Servicios Sociales de Extremadura ; de 6.001 a 18.000€ según el art. 95 Ley 2/2007, de Servicios Sociales de Cantabria o el art. 88 Ley 7/2009, de Servicios Sociales de La Rioja; de 12.001-60.000€ según el art. 93 Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco y el art. 89.1.b) Ley Foral 15/2006, de Servicios Sociales de

Por otro lado, tras establecer el Tribunal Constitucional que la ausencia de autorización judicial vulnera el derecho fundamental a la libertad personal, se ha de reconocer que se produce una situación de internamiento ilícito desde el momento de ingreso no autorizado y hasta el momento en que se pone fin a dicha ilicitud.

Teóricamente este momento sería el de puesta en libertad de la persona mayor, pero como ya se ha indicado, el TC en las sentencias comentadas de 29 de febrero y 8 de julio de 2016 ha optado por aceptar que la persona continúe en el centro en tanto se obtenga dicha autorización en el seno de un procedimiento de modificación de la capacidad, produciéndose, de hecho, la convalidación cuya posibilidad el Tribunal niega (no así en la STC de 1 de febrero de 2016, en la que decretó la puesta en libertad de la persona mayor internada ilícitamente).

Se ha de plantear, entonces, si este internamiento ilícito hace surgir la responsabilidad civil de las residencias privadas o la responsabilidad patrimonial de la Administración en el caso de las residencias públicas. A favor se ha manifestado ZURITA (2004, pp. 217-218) y tras los citados pronunciamientos jurisprudenciales es claro ya que no se produce una mera situación de irregularidad administrativa, sino una verdadera vulneración de un derecho fundamental, con lo que debe considerarse posible.

No obstante, hasta la fecha lo cierto es que no se han localizado resoluciones en las que se enjuicie una demanda por responsabilidad civil o por responsabilidad patrimonial fundada en la falta de autorización judicial del internamiento de una persona mayor que no hubiera podido consentirlo por sí misma, sin duda por la dificultad de que sea el propio interno quien plantee dicha reclamación. La SAP Albacete, 1ª, 19.4.2006, (JUR\2006\144228; MP: Antonio Nebot de la Concha) confirmó la condena por responsabilidad extracontractual a los hijos por haber procedido al internamiento de su madre en una residencia en contra de su voluntad, aunque en este caso consta que esta ostentaba capacidad, por lo que la decisión le correspondía a ella en exclusiva, y como establece la sentencia, el internamiento produjo una verdadera situación de privación de libertad (que incluso se califica como de “encierro”). Por su parte, la STSJ Cataluña, Sala Contencioso-Administrativo, 7.11.2004 (JUR\2004\4751; MP: Ramona Guitart Guixner) condenó a la administración sanitaria por el internamiento psiquiátrico de una persona sin autorización judicial y en contra de su voluntad, pues no existía urgencia que justificara médicamente la necesidad del ingreso. En ambos casos se apreció que se había producido una privación de libertad injustificada y generadora de un daño moral, condenándose también en el primero de ellos a abonar el coste de la residencia más una cantidad por la pérdida sufrida por no poder disfrutar de los bienes de los que era usufructuaria. En cualquier caso, en ambos supuestos las personas gozaban de la capacidad necesaria para consentir o rechazar el ingreso, habiéndose

Navarra, y de 30.001 a 90.000 de acuerdo con el art. 130.1.b.2ª Ley 9/2016, de 27.12.2016, de Servicios Sociales de Andalucía.

En el caso de Galicia, a pesar de calificarse la infracción como muy grave la multa oscila entre los 15.001 y los 60.000€ (art. 83.1.c Ley 13/2008, de Servicios Sociales de Galicia). Asciende la cuantía considerablemente en el caso de Castilla y León (entre 30.001 y 300.000€, más pérdida de la acreditación y rescisión del concierto, según el art. 117 de la Ley 16/2010, de servicios sociales de Castilla y León).

producido en contra de su voluntad y al margen de los supuestos que permiten el internamiento forzoso (art. 763 LEC). Será necesario esperar para comprobar si los pronunciamientos constitucionales que se han comentado dan lugar a nuevas reclamaciones por aquellos internamientos de personas mayores sin capacidad para decidirlo por sí, materializados y mantenidos en el tiempo sin la debida autorización judicial.

b. Sobre los internamientos involuntarios futuros

Los pronunciamientos de las SSTC de 29 de febrero y 8 de julio de 2016 también tienen gran incidencia sobre los internamientos futuros. La cuestión está en determinar cuál es la vía procesal oportuna para la solicitud de autorización que permita el ingreso en el centro residencial. El Tribunal Constitucional claramente ha optado por entender que siempre que la persona carezca de autogobierno la vía más adecuada es la de iniciar un procedimiento de modificación de la capacidad (art. 756 y sig LEC) en el que además de establecerse las oportunas medidas de protección de la persona se solicite la autorización para el internamiento, lo cual es perfectamente válido, como ya se ha indicado, cuando es claro que el futuro residente carece de autogobierno. Sin embargo, en la práctica esta vía tampoco está exenta de problemas. En primer lugar, provoca la judicialización de la atención a la persona mayor que padece una enfermedad crónica, habitualmente neurodegenerativa. En muchos casos las familias consideran que la persona mayor ya está correctamente atendida en el seno familiar y precisamente deciden su ingreso en una residencia cuando los cuidados que requiere son más intensos y no pueden prestárselos en el domicilio. En esta situación, la necesidad de iniciar un procedimiento de modificación de la capacidad, en el seno del cual conseguir la autorización para el ingreso en la residencia se percibe como un trámite innecesario o incluso como una injerencia en el ámbito familiar (GERMÁN, 2016, p. 40). Por otro lado, los Juzgados encargados de la tramitación de estos procesos especiales pueden ver incrementada su carga de trabajo por el aumento de solicitudes de modificación de la capacidad, con el consiguiente retraso en la resolución de los expedientes y la conversión de un sistema que pretende ser garantista en algo inoperante (GERMÁN, 2016, p. 40; DE MARTÍ, 2007, pp. 41-42 destaca que fue lo ocurrido en Cataluña tras la aprobación del Decreto 145/1990, que exigió autorización judicial para el internamiento por primera vez).

En segundo lugar, en el marco del procedimiento de modificación de la capacidad no existe procedimiento “de urgencia” equivalente al del artículo 763 LEC. Es cierto que en la mayoría de los casos el avance de la enfermedad es progresivo y realmente no existe una urgencia terapéutica que justifique el internamiento, lo que lleva al Tribunal Constitucional a excluir el presupuesto del internamiento urgente del artículo 763 LEC y a proponer como alternativa la solicitud de medidas cautelares dentro del propio procedimiento de modificación de la capacidad. En tal sentido, las medidas cautelares pueden solicitarse con carácter previo a la demanda (art. 730.2 LEC) cuando se aleguen razones de urgencia o necesidad, quedando sin efecto si la demanda no se presenta a los 20 días de su adopción. El propio artículo 762 LEC prevé que cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio no pudiendo descartar que el

internamiento sea una de estas medidas. Hay que observar, sin embargo, que la única especialidad que se establece en cuanto a las medidas cautelares para los procedimientos especiales es la necesidad de que la persona afectada sea oída (art. 762.3 LEC). Por ello, de acuerdo con el artículo 734 LEC, en la vista sobre las medidas cautelares actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho sirviéndose de cuantas pruebas dispongan. No se exige expresamente un informe pericial médico acordado por el tribunal, ni el reconocimiento del presunto incapaz por el juez, pruebas que se realizarán con posterioridad en el procedimiento de modificación de la capacidad. Por tanto, salvo que el juez acuerde dichas pruebas, de oficio o a instancia de parte (art. 752.1 LEC) el internamiento podrá autorizarse con menores garantías que las exigidas por el artículo 763 LEC, incluso para el internamiento urgente.

La posibilidad de solicitar que el internamiento se autorice como medida cautelar, por otro lado, tampoco se adapta a ciertas situaciones que se producen con gran frecuencia en el ámbito sociosanitario. No ofrece respuesta para aquellos casos en los que la persona sea dada de alta de un centro hospitalario y se le traslade directamente a una residencia para su atención y cuidado, porque no habrá, en la mayoría de los casos, tiempo suficiente para la obtención de la medida cautelar. Tampoco lo habrá en el frecuentísimo caso en el que, encontrándose la persona mayor en lista de espera para obtener una plaza residencial, sea llamada para acceder al centro por haberse producido una vacante, antes de haberse iniciado el procedimiento de modificación de la capacidad o pendiente la adopción de la medida cautelar. ¿Deben renunciar en este caso los familiares a la vacante hasta tener la autorización judicial?

La solicitud de medida cautelar, en el mejor de los casos, consigue adelantar la autorización del internamiento dentro del procedimiento de modificación de la capacidad, pero a cambio conlleva el riesgo de que se autorice sin la práctica de las pruebas necesarias, y no soluciona aquellos supuestos en los que la respuesta ha de ser urgente, para lo cual sería preciso arbitrar un procedimiento en el que se permita el ingreso y que el centro solicite su ratificación con posterioridad.

Por último, ya advertía el Ministerio Fiscal, tanto en el supuesto resuelto por la STC 34/2016 de 29 de febrero de 2016 como en el de la STC 132/2016 de 8 de julio de 2016, que no puede generalizarse la exigencia de la modificación de la capacidad de obrar a todos los supuestos. En algunos casos la única medida que se requerirá, recuerda el Fiscal, es la autorización para el ingreso en un centro adecuado, siendo la opción por modificar la capacidad de obrar contraria al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que propugna la CDPD (art. 12). O como se recoge en la propia STC 34/2016: *“Dicho de otro modo y utilizando la terminología tradicional hasta ahora, no toda persona incapacitada judicialmente tiene que estar ingresada en un centro ni toda persona que precisa el ingreso en centro adecuado debe ser incapacitada. Uno y otro procedimiento encuentra amparo legal y constitucional diferente, de manera que ninguno de ellos necesita del otro procedimiento para su procedencia”*.

Desde luego que no cabe equiparar la presencia de una discapacidad con la necesidad de modificar la capacidad de obrar. Que puede haber personas con discapacidad que no necesiten de modificación de su capacidad de obrar pero sí autorización para el ingreso por carecer de la

capacidad para consentirlo también parece innegable (y el caso más claro es el de los enfermos mentales, que precisan de un ingreso para recibir el tratamiento psiquiátrico adecuado, sin ir más lejos). El Tribunal Constitucional realmente no pone esto en duda, y declara:

“Tiene razón el Fiscal cuando afirma que no cabe confundir el internamiento con la incapacitación. Pero tal cosa no significa lógicamente que sean instrumentos jurídicos opuestos, ni que en ocasiones, y esta es una de ellas, no puedan operar conjuntamente en una relación de continente a contenido, cuando cabe la apertura de un proceso de declaración de incapacidad, al hilo del cual promover la inmediata adopción de la medida.”

Ambas resoluciones del TC parten de que las afectadas carecían de autogobierno, de la capacidad necesaria para adoptar decisiones en el ámbito patrimonial y personal, lo que incluye decidir sobre su propio ingreso en la residencia, y no hay que perder esto de vista. La falta de autogobierno de estas personas afectadas de demencia senil les impedía tomar decisiones, incluida la de ingreso. Extraer la conclusión de que el ingreso en la residencia siempre requiere de la modificación de la capacidad de obrar de la persona mayor, sin puntualizar que se circunscribe a los casos de falta de autogobierno, es erróneo y peligroso.

La siguiente cuestión es la de si es posible seguir utilizando la vía del artículo 763 LEC para solicitar la autorización judicial del ingreso involuntario, tal y como venían declarando la mayoría de Audiencias Provinciales. A favor se ha pronunciado ARRIBAS (2017, p. 12), para quien en los casos de internamientos no urgentes es posible solicitar la autorización judicial previa al ingreso por la vía del artículo 763 LEC o bien en el seno del procedimiento de modificación de la capacidad, mientras que en los casos urgentes cabría proceder al internamiento en base al procedimiento del art. 763 LEC comunicándolo el responsable del centro a la autoridad competente en el plazo de 24 horas, o solicitar la medida cautelar de internamiento por la vía del artículo 762.1 LEC y promover la correspondiente demanda de modificación de la capacidad, a instancia de las personas legitimadas o del Ministerio Fiscal.

Desde luego, el TC no ha excluido expresamente en las SSTC 34/2016, 2ª, 29.2.2016 y 132/2016, 1ª, 18.7.2016, la posibilidad de continuar utilizando la vía del artículo 763 LEC. Debe recordarse que la STC 13/2016, 1ª, 1.2.2016, consideró que una residencia geriátrica puede ser el “centro” al que se refiere el artículo citado si dispone de médicos psiquiatras que puedan emitir informe que diagnostique el trastorno mental de la persona mayor y la necesidad del tratamiento, y disponga de los equipos y recursos materiales para dicho tratamiento, es decir, cuando se cumplen todos los presupuestos del artículo 763 LEC. Pero no parece que sea, a nuestro juicio, la intención del Tribunal Constitucional excluir la aplicación del procedimiento del artículo 763 LEC cuando el centro residencial no reúna dichas condiciones, sino que por encima de ello está siempre la necesidad de control judicial de una medida que afecta a un derecho fundamental. Como plantea BERCOVITZ (2016, p. 3) refiriéndose al supuesto de la STC, 2ª, 34/2016, 29.2.2016, el debate entre la aplicación del procedimiento de modificación de la capacidad o el previsto en el artículo 763 LEC “*resulta más formal, o de procedimiento en su sentido literal, que sustantivo*”, pues lo esencial es que el internamiento involuntario esté sometido a control judicial (de acuerdo con él, ARRIBAS, 2017, p. 12). Ambos procedimientos exigen el examen judicial del presunto incapaz o de aquella persona cuyo internamiento se solicita, así como un dictamen facultativo que avale la falta de

autogobierno o la falta de capacidad de decisión para consentir el internamiento, y la posibilidad de que la persona afectada pueda defenderse, así como la intervención del Ministerio Fiscal, por lo que coinciden en lo esencial.

A pesar de que se considera admisible, la aplicación del artículo 763 LEC a las residencias plantea ciertos problemas. Frente a los ingresos por razones psiquiátricas, la finalidad de los internamientos en centros residenciales no es terapéutica, por lo que el Juez debe decidir no en función de razones médicas únicamente sino ponderando circunstancias más amplias. Como presupuestos de este internamiento asistencial, propone acertadamente SANTOS MORÓN (2002, p. 101) que la medida ha de ser indispensable para que la persona afectada pueda recibir los cuidados apropiados para preservar su salud y dignidad, valorando su situación personal y el entorno que le rodea, y que no exista medida alternativa menos gravosa (como la asistencia domiciliaria, la atención en un centro de día, etc.), todo ello para que el internamiento cumpla la exigencia de proporcionalidad. Sin embargo, el artículo 763 LEC prevé únicamente la intervención de un facultativo, que puede evaluar la capacidad de la persona conforme a la ciencia médica, pero que, en nuestra consideración, no tiene por qué emitir este otro tipo de valoraciones. También inadecuados para los internamientos en residencias son los controles posteriores que exige el artículo 763.4 LEC, que han de emitirse por los facultativos como mínimo cada 6 meses, cuando en estos casos no se va a producir una mejoría en el estado de salud de la persona mayor (CERVILLA, 2008 p. 82, GERMÁN, 2016, p. 41).

Más problemático resulta, a nuestro juicio, continuar utilizando la vía de urgencia del artículo 763 LEC, pues será difícil que concurra la urgencia terapéutica que exige dicha disposición. Habitualmente las enfermedades que privan de capacidad a la persona mayor son enfermedades crónicas y degenerativas, por lo que es difícil considerar que exista un momento puntual en el que la necesidad de tratamiento haga urgente el ingreso en la residencia y de hecho la STC 34/2016, 2ª, 29.2.2016 descartó efectivamente que concurriera el requisito objetivo de la urgencia. Sin embargo, sí pueden concurrir otras circunstancias urgentes, no médicas sino asistenciales, propias del ámbito sociosanitario, que requieran una rápida respuesta y que tampoco encuentran adecuado encaje en la actualidad.

4.5. La falta de capacidad sobrevenida

Una situación también frecuente es la de aquellos ingresos que fueron inicialmente consentidos por la persona mayor pero que se tornan en involuntarios por la evolución de las enfermedades que padezca

Este supuesto está regulado únicamente en Cataluña, donde el artículo 212.6 del Libro Segundo CCCat establece:

Si una persona que consintió su propio internamiento por razón de trastorno psíquico ya no está en condiciones de decidir su continuación porque las circunstancias clínicas o el riesgo asociado al trastorno han cambiado de forma significativa, el director del establecimiento debe comunicarlo a la autoridad judicial para que, si procede, ratifique su continuación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 212-5.3.

Por lo tanto, tras la comunicación efectuada por el director del centro el juez dispone de un plazo de 72 horas (art. 212-5.3) para ratificar o dejar sin efecto el internamiento.

En la misma línea, a juicio de algunos autores (CHIMENO, 2000, p. 243), estos supuestos han de ponerse en conocimiento del Juzgado al haberse convertido el internamiento en involuntario o forzoso debido a la pérdida de la capacidad de la persona, para que la autoridad judicial ratifique el ingreso y pase a controlar el mismo en lo sucesivo. Pero, una vez más, no existe trámite procesal específico para solicitar esta ratificación. Por un lado, el supuesto de urgencia del artículo 763 LEC no es adecuado porque falta, precisamente, el presupuesto de la urgencia asistencial. Tampoco es posible determinar el momento exacto en el que la persona mayor, una vez en la residencia, pierde su capacidad, momento en el que nacería la obligación del director del centro de solicitar la ratificación del ingreso, al tratarse de enfermedades de avance progresivo, ni tampoco se justifican en este caso los breves plazos del art. 763.1 (24 horas para la comunicación y 72 horas para la ratificación del internamiento). Por otro lado, si se inicia un procedimiento de modificación judicial de la capacidad de la persona, la medida cautelar a solicitar sería la ratificación del ingreso, pero esto choca con la necesidad de que la medida se adopte desde una situación de libertad, lo cual no es adecuado en este supuesto en el que la persona ya reside en el centro. En otro caso se estaría produciendo la convalidación de un internamiento ilícito, el producido entre el momento de la pérdida de la capacidad y la ratificación de la medida, lo cual (al menos en teoría) ha sido descartado por el Tribunal Constitucional.

Una vez más, se adolece de la falta de una regulación específica que contemple también este supuesto, no desde la perspectiva médica sino desde una perspectiva asistencial.

5. Reflexiones finales

Se aprovecharán estas líneas finales para poner de relieve dos cuestiones fundamentales que han aparecido a lo largo de este trabajo, y que en nuestra consideración deben presidir la cuestión de los ingresos de personas mayores en centros residenciales o sociosanitarios de régimen cerrado.

La primera de ellas es la constatación de que la población susceptible de ingresar en una residencia es especialmente vulnerable, al tratarse de personas de edad avanzada, enfermos crónicos, con facultades cognitivas a menudo deterioradas. Esta vulnerabilidad hace que se deban extremar las precauciones para al respeto y salvaguarda de sus derechos fundamentales, especialmente su derecho a la libertad personal. Pero este respeto exige también promover que la persona mayor con discapacidad, a pesar de sus limitaciones o deficiencias, pueda adoptar la decisión de ingresar en el centro residencial por sí misma, con el apoyo adecuado, limitándose la sustitución de su voluntad a aquellos casos en los que carezca absolutamente de facultades mentales para su autocuidado, de acuerdo con los planteamientos de la CDPD. Este cambio de perspectiva exige una diferente actitud en todos los intervinientes en el ingreso, incluida la propia persona mayor, y un mayor protagonismo de la evaluación de la capacidad en el

momento previo al ingreso, pudiéndose aprovechar para ello el trámite, ya existente, del informe médico normalizado que se exige al menos en los casos de plazas residenciales públicas o concertadas.

En consecuencia, la aseveración por la STC 34/2016, 2ª, 29.2.2016 (BOE nº 85, 8.4.2016) y la STC 132/2016, 1ª, 18.7.2016 (BOE nº 196, 15.8.2016) de que la autorización para el ingreso en el centro residencial ha de obtenerse en el seno de un procedimiento de modificación de la capacidad ha de circunscribirse únicamente a aquellos casos en los que la persona carece de autogobierno, tal y como constaba acreditado en ambos supuestos. Por más que sea habitual que el futuro residente carezca de dicha capacidad de autogobierno y por tanto de la capacidad para decidir el ingreso, la necesidad de modificación de la capacidad no puede ser extendida a los ingresos de todas las personas mayores que presenten una discapacidad. Esto conduce a la segunda cuestión, que es la regulación de los ingresos en centros residenciales.

Probablemente la mejor atención a la población mayor requiera abordar la ordenación del ámbito sociosanitario desde una perspectiva completa e interdisciplinar (BARRIOS, 2004, p. 24), en lugar de parcial como hasta ahora (seguridad social por un lado, prestaciones sanitarias y sociales por otro, etc.), aunque ello choqua, como se ha apuntado, con el problema de la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA. Más modestamente, al menos resulta necesario afrontar en el ámbito civil la regulación de los internamientos en centros residenciales de aquellas personas que no puedan decidirlo por sí mismas, mediante la previsión de un procedimiento específico que recoja las particularidades de este ámbito.

Hay que apreciar debidamente la doctrina del Tribunal Constitucional, sentada en sus sentencias de 1 de febrero y sobre todo 29 de febrero y 18 de julio de 2016, en cuanto a que el internamiento de una persona mayor en un centro residencial de régimen cerrado afecta a su derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), y ello exige el respeto a una serie de garantías, que en el caso de que la persona carezca de capacidad para decidirlo por sí misma se plasman fundamentalmente en la necesidad de autorización judicial.

Pero sigue siendo problemática la determinación del procedimiento adecuado para solicitar dicha autorización. El Tribunal Constitucional ha optado por entender que la adecuada protección de la persona mayor que carece de autogobierno exige el inicio de un procedimiento de modificación de la capacidad de obrar, en el seno del cual se solicite como medida, bien sea definitiva o cautelar, la autorización para el internamiento. Como ya se ha indicado, no puede interpretarse que todas las personas mayores estén abocadas a un procedimiento de modificación de la capacidad, por un lado, y, por otro lado, la tramitación de este procedimiento puede resultar lenta, chocando con la necesidad de que la autorización del internamiento se conceda con carácter previo a su producción. Solicitar la autorización como medida cautelar no garantiza el control del internamiento (como sí lo hace el procedimiento de urgencia del art. 763 LEC³⁴) pues la evaluación facultativa de la persona y el examen de la misma están previstas, en principio, en el procedimiento principal y no en el trámite de medidas cautelares (aunque ello no obsta a que

³⁴ Al menos en teoría, puesto que los brevísimos plazos son tremendamente exigentes y difíciles de cumplir.

se acuerden de oficio). Y sobre todo, incluso la adopción de medidas cautelares puede dilatarse en el tiempo y no se adapta a ciertos supuestos de urgencia que se producen en el ámbito sociosanitario, como son los ingresos tras un alta hospitalaria, o la producción de una vacante en un centro. No se trata de urgencias terapéuticas, sino de urgencias asistenciales, y no existe posibilidad de convalidación del ingreso no autorizado, por lo que la residencia tendría que rechazar al eventual usuario incapaz si no cuenta aún con la debida autorización judicial.

Por otro lado, no se descarta continuar utilizando la vía del artículo 763 LEC para la solicitud de autorización previa al internamiento, admitido por la mayoría de Audiencias Provinciales. No puede evitarse, con todo, algún desajuste al aplicar este procedimiento a los internamientos en centros residenciales, pues aquel está previsto para internamientos psiquiátricos, por razones terapéuticas y duración temporal. Por ejemplo, mientras que en los ingresos por trastorno psíquico el facultativo designado por el juez ha de examinar a la persona mayor y valorar el diagnóstico y la necesidad de internamiento en relación con el tratamiento a suministrar al paciente, en los internamientos asistenciales debe valorar cuestiones que escapan de la ciencia médica, como la inexistencia de recursos alternativos que hacen aconsejable el ingreso en el centro residencial como medida adecuada, no para la atención mental de la persona mayor, sino para su atención integral.

En nuestra opinión, sin embargo, se ha de descartar la utilización del procedimiento de urgencia que prevé el citado artículo 763 LEC, puesto que en el caso de enfermedades degenerativas, de avance progresivo, no existirá el presupuesto de la urgencia, tal y como ha declarado el TC.

La problemática expuesta a lo largo del trabajo contribuye a que existan internamientos no autorizados, bien porque no se solicita la autorización ni por los familiares ni por el centro (supuesto de la STC, 2ª, 29.02.2016), bien porque el centro los comunica en el plazo de 24 horas desde su producción, rechazándose por el Juzgado la ratificación por no concurrir el citado presupuesto de urgencia (supuesto de la STC, 1ª, 18.7.2016). En cuanto a esta frecuente situación, el Tribunal Constitucional ha afirmado que los internamientos no autorizados suponen una situación ilícita de privación de libertad, no siendo convalidables o regularizables mediante la obtención de dicha autorización a posteriori. Sin embargo, mientras que la STC de 1 de febrero de 2016 optó, en consonancia con lo anterior, por decretar la puesta en libertad de la persona internada involuntariamente, en las posteriores de 29 de febrero y 8 de julio de 2016, tras afirmar la imposibilidad de convalidar el internamiento no autorizado, se otorgó el amparo a las personas mayores porque ni el Juzgado, ni la Audiencia Provincial, ni el Ministerio Fiscal habían incoado el procedimiento de modificación de la capacidad, procediendo a solicitar en él la autorización del internamiento, pero sin decretar la puesta en libertad de las afectadas. Recordemos que el propio Tribunal establece que la decisión de internamiento ha de adoptarse desde una situación de libertad, y, paradójicamente, al mantener el internamiento estas personas, las mismas no se encontrarán en dicha situación cuando se autorice aquel en el seno del procedimiento de modificación de su capacidad.

Para concluir, desde una perspectiva positiva ha de insistirse en que el reconocimiento de que el

internamiento no autorizado judicialmente supone una situación ilícita de privación de libertad, y las consecuencias que esto conlleva para las residencias en el orden disciplinario o en el orden de la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial de la Administración, podrán ser determinantes de la evolución hacia un mayor respeto y garantía de los derechos de las personas mayores en el momento del ingreso en un centro residencial, al menos en tanto el legislador no decida afrontar la cuestión.

6. Tabla de jurisprudencia citada

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Partes</i>
STEDH, 2ª, 26.2.2002	CE:ECHR:2002:02 26JUD003918798	Case of H.M. v. Switzerland,

Tribunal Constitucional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STC 132/2016, 1ª, 18.7.2016	BOE nº 196, 15.8.2016	Andrés Ollero Tassara	Ministerio Fiscal
STC 34/2016, 2ª, 29.02.2016	BOE nº. 85, 8.4.2016	Ricardo Enríquez Sancho	Ministerio Fiscal
STC 13/2016, 1ª, 1.2.2016	BOE nº 57, 7.3.2016	Andrés Ollero Tassara	Dª M.S.S.
STC 182/2015, 2ª, 7.9.2015	BOE nº 245, 13.10.2015	Pedro González-Trevijano Sánchez	Ministerio Fiscal
STC 141/2012, 2ª, 2.07.2012	BOE nº 181, 30.7.2012	Ramón Rodríguez Arribas	D. F.J.G.F.
STC 132/2010, Pleno, 2.12.2010	BOE nº 4, 5.1.2011	Eugeni Gay Montalvo	Abogado del Estado, Ministerio Fiscal

Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 4.4.2017	ES:TS:2017:1335	Eduardo Baena Ruiz	D. Carlos Daniel
STS, 1ª, 27.11.2014	RJ 2014\6032	José Antonio Seijas Quintana	D. Mariano c. Comunidad Autónoma de Aragón
STS, 1ª, 30.9.2014	RJ 2014\4864	José Luis Calvo Cabello	Dª Reyes c. Dª Olga, Ministerio Fiscal
STS, 1ª, 30.4.2013	ES:TS:2013:1977	Ricardo Enríquez Sancho	Dª Eugenia y D. Cornelio c. Región de Murcia
STSJ Cataluña, Contencioso- Administrativo, Sec. 4ª, 7.11.2004	JUR 2004\4751	Ramona Guitart Guixer	D. Constantino c. Servei Català de la Salut, Hospital de Sant Gervasi

Tribunal Superior de Justicia

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STSJ Cataluña, Contencioso- Administrativo, Sec. 4ª, 7.11.2004	JUR 2004\4751	Ramona Guitart Guixer	D. Constantino c. Servei Català de la Salut, Hospital de Sant Gervasi

Audiencia Provincial

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
AAP Sevilla, Civil, Sec. 2ª, 20.9.2012	JUR 2013\152665	Manuel Damián Álvarez García	MinisterioFiscal
AAP Madrid, Civil, Sec. 22, 24.1.2012	JUR 2012\106056	Carmen Neira Vázquez	Administrador de Sogerasa S.L., Residencia tercera edad Isla de Kos, c. Dª Yolanda
AAP Castellón, Civil, Sec. 2ª, 28.12.2011	JUR 2012\75459	Horacio Badenes Puentes	Ministerio Fiscal
AAP Pontevedra, Civil, Sec. 6ª, 6.10.2011	JUR 2011\394612	Julio César Picatoste Bobillo	Ministerio Fiscal c. Residencia Asistida de Maiores, Dª. Daniela
SAP Albacete, Civil, Sec. 2ª, 19.4.2006	JUR 2006\144228	Antonio Nebot de la Concha	D. Antonia c. D. Juan Carlos y Dª Fátima
AAP Valladolid, Civil, Sec. 1ª, 29.9.2005	JUR 2005\236467	José Antonio San Millán Martín	Ministerio Fiscal
AAP Vizcaya, Civil, Sec. 4ª, 28.1.2003	AC 2003\101	Antonio García Martínez	Ministerio Fiscal, Diputación Foral de Vizcaya
AAP La Rioja, Civil, 30.12.2002	AC 2003\464	Carmen Araujo García	Dª Mª Ascensión A. C, c. Ministerio Fiscal

7. Bibliografía

Antonio ABELLÁN GARCÍA, Alba AYALA GARCÍA, Rogelio PUJOL RODRÍGUEZ (2017), “Un perfil de las personas mayores en España, 2017. Indicadores estadísticos básicos”. Madrid, *Informes Envejecimiento en red*, nº 15. [Fecha de publicación: 31/01/2017]. Disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos17.pdf>

Manuel AZNAR LÓPEZ (2000), *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, Comares, Granada.

Joaquín Eugenio ARRIBAS LÓPEZ (2017), “Sobre los internamientos no voluntarios por trastornos psíquicos asociados a la edad”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, num.1/2017, documento electrónico obtenido de Aranzadi Digital, BIB 2017\10538.

Mercedes AYUSO GUTIÉRREZ, Raúl del POZO RUBIO, Francisco ESCRIBANO SOTOS (2010), “Factores sociodemográficos y de salud asociados a la institucionalización de personas dependientes”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 84, núm. 6, noviembre-diciembre, pp. 789-798. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=17015456009>

Francisco BARIFFI (2014), *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Grupo Editorial Cinca, Madrid. Disponible en: <http://www.cermi.es/es-ES/ColeccionesCermi/ConvencionONU/Paginas/Inicio.aspx>.

Maria del Carmen BARRANCO AVILÉS, Patricia CUENCA GÓMEZ, Miguel Ángel RAMIRO AVILÉS (2012), "Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con discapacidad". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 5, 53-80. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10017/13421>.

Luis Fernando BARRIOS FLORES (2004), "Ingresos geriátricos: fundamento y garantías", *Derecho y Salud*, vol. 12, nº 1, pp. 1-25.

Luis Fernando BARRIOS FLORES (2012), "El ingreso psiquiátrico involuntario de carácter urgente: una revisión, tras la STC 141/2012, de 2 de julio", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2012, 32 (116), pp. 829-847, doi: 10.4321/S0211-57352012000400011.

Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2016), "Vulneración del derecho a la libertad personal por resoluciones judiciales sobre internamiento involuntario de persona con demencia senil en centro socio-sanitario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) núm. 34/2016, de 29 de febrero de 2016 [RTC 2016, 34]", *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, num. 101/2016, documento electrónico obtenido de Aranzadi Digital, BIB 2016\4050.

M^a José BLANCO CENDÓN, Cristina DOVAL GONZÁLEZ, Isabel LÓPEZ VÁZQUEZ, Vanessa ANDRADE PEREIRA, Gabriel J. DÍAZ GRÁVALOS (2016), "Características del anciano en el momento del ingreso en residencias geriátricas", *AgInf.* (79), 20, 3, pp. 122-126.

Maria Dolores CERVILLA GARZÓN (2008), "Los derechos fundamentales del anciano internado. En particular, el derecho a la libertad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad", en Isabel ZURIZA MARTÍN (coordinadora) *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, Bosch, Barcelona, pp. 67-92.

Marta CHIMENO CANO (2000), "El ingreso forzoso de ancianos en centros especializados", *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, num.1/2000, documento electrónico obtenido de Aranzadi Digital, BIB 2000\126.

Javier DAMIÁN, Emiliana VALDERRAMA-GAMA, Fernando RODRÍGUEZ-ARTALEJO, Jose María MARTÍN-MORENO (2004), "Estado de salud y capacidad funcional de la población que vive en residencias de mayores en Madrid", *Gaceta Sanitaria*, 18(4), pp. 268-74.

Josep DE MARTÍ VALLÉS (2007) "El ingreso de personas con deterioro cognoscitivo en residencias", en Antonio MARTÍNEZ MAROTO (coordinador) *Diez Temas Jurídicos de Portal Mayores*, Colección Manuales y Guías. Serie Personas Mayores IMSERSO, Madrid, pp. 35-54.

DIPUTACIÓN DE BARCELONA, Residencias para personas mayores en la provincia de Barcelona. Guía Técnica. Disponible en <http://www.diba.cat/documents/167269/170924/consum-descarrega-ggcastgttec-pdf.pdf>.

ENVEJECIMIENTO EN RED (2012), Estadísticas sobre residencias: distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de diciembre de 15. Madrid, Informes en Red, nº 2. [Fecha de publicación: 31/07/2013].

<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-estadisticasresidencias2012.pdf>>

ENVEJECIMIENTO EN RED (2015), Estadísticas sobre residencias: distribución de centros y plazas residenciales por provincia. Datos de junio de 2015. Madrid, Informes en Red, nº 13. [Fecha de publicación: 30/09/2015].

<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-estadisticasresidencias2015.pdf>

Elisa FRUTOS BERNAL, Juan Carlos MARTÍN CORRAL, Javier MARTÍN CORRAL, Purificación GALINDO VILLARDÓN (2013), "Perfil del anciano institucionalizado en residencias privadas de la comarca del Abadengo en Salamanca", *Revista Española de Geriatria y Gerontología*. 48 (4), pp. 203-204. <http://dx.doi.org/10.1016/j.regg.2013.03.003>

M^a del Carmen GARCÍA GARNICA (2013), "Capítulo 18: Discapacidad y dependencia (II): configuración y contenido de su situación jurídica", en M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA (directora), Judith SOLÉ RESINA (coordinadora) *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo II, Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 211-274.

María Jesús GERMÁN URDIOLA (2016), "El proceso de ingreso "no voluntario" en residencias de mayores", *Aequalitas*, (nº 38), pp. 35-42.

M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA (2013), "Capítulo 1: Persona, personalidad, capacidad", en en M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA (directora), Judith SOLÉ RESINA (coordinadora) *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo I, Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 61-120.

IMSERSO (2017), Información estadística del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, 31 de diciembre de 2016, disponible en www.dependencia.imserso.es, consultado el 28 de febrero de 2017.

IMSERSO (2012), Las Personas Mayores en España. Datos Estadísticos Estatales y por Comunidades Autónomas, IMSERSO, Madrid, 2012. Disponible en <http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/infoppmm2012.pdf>

INE (2016) Proyecciones de población, Serie 2016-2066. Disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np994.pdf>

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS (2012), *Capacidad jurídica y discapacidad: propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Repositorio

institucional Universidad Carlos III, de Madrid. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/14183>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2009), Panorámica de la discapacidad en España, Boletín Informativo del INE, 10/2009, disponible en <http://www.ine.es/revistas/cifraine/1009.pdf>

Jose Antonio MARTÍN PÉREZ (2004), “El internamiento o ingreso de personas mayores en centros geriátricos (Acerca de la procedencia de autorización judicial cuando el ingreso es involuntario)”, en Eva María MARTÍNEZ GALLEGO et al. (coordinadores), *Protección jurídica de los mayores*, Wolters Kluvert, Cizur Menor, 2004, pp. 167-192.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2013), “El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en Sofía DE SALAS (coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, Dykinson, Madrid, pp. 15-40.

David MAYOR FERNÁNDEZ (2011), “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2133, julio, 1-37. Disponible en: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292345277365?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DJORNADA_MAYOR.pdf&blobheadervalue2=1288775143583

MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD (2013), *Catálogo de Referencia de Servicios Sociales*, disponible en <http://publicacionesoficiales.boe.es>

María Fernanda MORETÓN SANZ (2007), “Derechos y obligaciones de los mayores en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 70, 2007, pp. 45-69.

Carmen PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO (2009), “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 23, pp. 335-368. Disponible en: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=685&IDA=27665>

Aída ROBLES CASTIÑEIRAS, Gabriel J. DÍAZ GRÁVALOS, Santiago REINOSO HERMIDA, Ana LÓPEZ GONZÁLEZ, Carmen VÁZQUEZ GIL, Alejandro A. GARCÍA CABALLERO (2012), “Prevalencia de síntomas neuropsiquiátricos en pacientes institucionalizados con diagnóstico de demencia y factores asociados: estudio transversal multicéntrico”, *Revista Española de Geriatriá y Gerontología*, 47 (3), pp. 96-101. <http://dx.doi.org/10.1016/j.regg.2012.02.002>

Enrique RUBIO TORRANO (2016), "El derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE y el internamiento involuntario en residencia socio-sanitaria sin autorización judicial", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.10/2016, documento electrónico obtenido de Aranzadi Digital, BIB 2016\80482.

M^a Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2008), "Responsabilidad civil derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales", en Isabel ZURITA MARTÍN (coordinadora) *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 181-221.

María José SANTOS MORÓN (2002) *El supuesto de hecho del internamiento en el artículo 763 LEC 1/2000*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

SIIS CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS FUNDACIÓN EGUÍA-CAREAGA (2016), "La situación de los centros residenciales para personas mayores en Gipuzkoa", *Zerbitzuan*, pp. 43-66. <https://doi.org/10.5569/1134-7147.62.04>

Blanca SORO MATEO (2015), "Quiebras del principio de igualdad como consecuencia del sistema descentralizado de prestaciones asistenciales para los ancianos en España", *Comparazione e Diritto Civile*, vol. 4, pp 1-28.

Isabel ZURITA MARTÍN (2004), *Protección civil de la ancianidad*, Dykinson, Madrid.